



***A INCONSTITUCIONALIDADE DO RECURSO HIERÁRQUICO
NECESSÁRIO. EM ESPECIAL, AS SANÇÕES APLICADAS NO
ÂMBITO DO REGULAMENTO DE DISCIPLINA MILITAR***

Fábio Fernando dos Santos Mota

Dissertação apresentada na Faculdade de Direito
de Lisboa para obtenção do Grau de Mestre em
Direito Administrativo

Orientador:

Professora Doutora Alexandra Ludomila Leitão

Lisboa

2016

RESUMO

A presente dissertação tem em vista abordar a problemática em torno do recurso hierárquico necessário, com especial enfoque para a impugnação do ato administrativo sancionatório decorrente das sanções disciplinares aplicadas aos militares das Forças Armadas.

Tratando-se de um tema cuja querela doutrinária é já amplamente conhecida no seio do nosso ordenamento jurídico-administrativo, importa para o presente indagar o padrão atual do regime geral das impugnações administrativas numa época em que as inovações introduzidas pelo novo código do procedimento administrativo encontram-se, ainda, em plena fase de consolidação.

Sem olvidar a matriz tipo do direito administrativo geral, a presente dissertação centra-se contudo nas implicações ocorridas no âmbito do direito disciplinar militar, atendendo a que a previsão constitucional da tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos abrange outrossim os militares na qualidade de sujeitos de direito administrativo, sendo ainda escassas as obras literárias dedicadas ao estudo do regime jurídico da disciplina militar em Portugal.

A abordagem dos meios de tutela administrativa previstos no regulamento disciplinar militar, assumindo-se como o objeto primordial da presente dissertação, o seu estudo encontra-se delineado na evolução da temática na justiça militar na vertente histórico-doutrinária, contando com o auxílio da ciência jurídico-administrativa circunscrita ao regime de invalidade dos atos administrativos.

Por seu turno o recurso ao direito comparado, e em especial a descrição sumária do regime jurídico do regulamento de disciplina militar português e das suas particularidades, são aspetos que carecem também de ser indagados com o propósito de facilitar a leitura e a compreensão dos destinatários para a importância do presente tema, e ainda de os aclarar para a urgência que existe em se rever os preceitos que consagram os meios de tutela administrativa previstos no regulamento de disciplina militar, para compatibilizar esse regime com a alteração de paradigma verificada no direito

administrativo geral, que, recorde-se, tendeu a reforçar a utilidade e efetividade dos meios de impugnação administrativa e a simplificar o acesso dos particulares à via judicial para defesa dos seus direitos e interesses tutelados por lei.

Palavras chave: código do procedimento administrativo; regulamento de disciplina militar; recurso hierárquico necessário; militares; justiça militar.

ABSTRACT

This thesis aims to address the issues surrounding the internal appeal required, with special focus on the challenge of punitive administrative acts resulting from disciplinary sanctions applied to armed forces.

Since this is an issue of doctrinal dispute is already widely known within our legal and administrative system, matters to this question the current standard of the general regime of administrative disputes at a time the innovations introduced by the New Code of Administrative Procedure are still in full consolidation phase.

Without forgetting the kind of general administrative law matrix, this thesis focuses however in the implications that occurred under the military disciplinary law, given that the constitutional provision of protection of rights and legally protected interests covers likewise the military as subjects administrative law, in a moment are only few the literary works devoted to the study of the legal regime of military discipline in Portugal.

The analysis of the forms of administrative supervision provided for in the military disciplinary regulations, taking as the primary object of this dissertation, their study is outlined in the evolution of the theme in the military justice in the historical and doctrinal aspects, with the aid of science legal and administrative confined to the invalidity scheme for administrative acts.

The use of comparative law, and in particular a brief description of the legal regime of the Portuguese military disciplinary regulation and its particularities, are aspects that also need to be asked, in order to facilitate the reading and understanding of the recipients the importance of this issue, and yet the acclaim for the urgency that exists to review the provisions which establish the means of administrative supervision provided for in military discipline regulation to match this scheme with the paradigm shift has already occurred in administrative law general, which, remember, has tended to enhance the usefulness and effectiveness of the means of administrative appeal and

also to simplify the access of individuals to the courts to defend their rights and interests protected by law.

Keywords: code of administrative procedure; military discipline regulations; internal appeal required; Military; military justice.

Índice

Resumo.....	2
Abstract	4
Abreviaturas	8
Introdução	9
Relevância do tema	9
Método e planificação do estudo.....	11

CAPÍTULO I

O RECURSO HIERÁRQUICO NECESSÁRIO NO ORDENAMENTO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS.....	14
1. Evolução Histórica.....	14
1.1. Da Constituição da República Portuguesa de 1976 ao cpa de 1991.....	14
1.2. Implicações da reforma do contencioso administrativo de 2002.....	18
1.3. Regime das impugnações administrativas à luz do novo cpa.....	21
2. A inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário	26
2.1.A preterição de princípios jurídico-constitucionais.....	27
2.2. O paradigma da definitividade vertical do ato administrativo.....	33
2.3.A inaplicabilidade do artigo 59.º n.º 4 e n.º 5 do cpta no âmbito das impugnações administrativas necessárias.....	36
2.3.1. Em particular: a suspensão do prazo de impugnação contenciosa	42

CAPÍTULO II

ENQUADRAMENTO GERAL DA DISCIPLINA MILITAR	47
1. Contexto Histórico do Direito Disciplinar Português	50
1.1.Evolução da Justiça Militar	50
1.2. Integração no âmbito do direito administrativo especial.....	56
2. Regimes disciplinares em sistemas comparados	60
2.1. Regime disciplinar Militar Francês	60
2.2. Regime disciplinar Militar Espanhol.....	62
2.3. Regime disciplinar Militar Alemão	64
2.4. Regime disciplinar Militar Italiano	65

CAPÍTULO III

O REGIME JURÍDICO DA DISCIPLINA MILITAR EM PORTUGAL	67
1. O Regulamento de Disciplina Militar de 2009.....	67
1.1. Generalidades	67
1.2. A infração Disciplinar Militar	70
1.3. Particularidades das penas de repreensão e de repreensão agravada.....	73
1.3.1. Em particular: A inaplicabilidade do preceituado no n.º 3 do artigo 3.º do novo CPA.. ..	77

CAPÍTULO IV

O RECURSO AOS MECANISMOS DE TUTELA NA DISCIPLINA MILITAR.....	79
1. As Garantias de Defesa dos Militares	79
1.1. Noções Gerais.....	79
1.2. Reclamação	82
1.3. Recurso hierárquico necessário	83
1.4. Recurso jurisdicional	88
 CONCLUSÕES	 90
Bibliografia	100

ABREVIATURAS

CJA - Cadernos de Justiça Administrativa

CPA - Código do Procedimento Administrativo

LPTA - Lei de Processo nos Tribunais Administrativos

CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos

ETAF - Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

CRP - Constituição da República Portuguesa

RDM - Regulamento de Disciplina Militar

EDFP - Estatuto Disciplinar dos Funcionários Públicos

LTFP - Lei do Trabalho em Funções Públicas

FA - Forças Armadas

LOBOFA - Lei Orgânica de Bases das Forças Armadas

EMFAR - Estatuto dos Militares das Forças Armadas

LOMAR - Lei Orgânica da Marinha

INTRODUÇÃO

RELEVÂNCIA DO TEMA

A escolha do presente tema funda-se na discussão que subsiste no seio do nosso ordenamento jurídico-administrativo em torno da inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário, fazendo essa abordagem, porém, através do estudo das especificidades do regime disciplinar militar, com enfoque para as sanções disciplinares e para as restrições que ainda vigoram no Regulamento de Disciplina Militar, precisamente em matéria de impugnação do ato punitivo aplicado ao militar que assume a qualidade de arguido.

A motivação subjacente à escolha do presente tema centra-se essencialmente nas particularidades do direito de disciplina militar e na sua relação com o direito administrativo geral, e concomitantemente no facto de serem escassas as obras literárias publicadas no âmbito do direito castrense, facto que lhe confere um interesse suplementar enquanto dissertação de mestrado.

Por outro lado têm-se avolumado as vozes que questionam a subsequência das Forças Armadas nos moldes atuais, por entenderem que a evolução da sociedade global fundamenta uma revisão em matéria de restrições ao exercício de direitos pelos militares, que os distingue dos restantes cidadãos designadamente dos trabalhadores que exercem funções públicas. Também por isso, a disciplina militar encontra-se na ordem do dia e justifica uma maior estudo.

A análise do tema terá ainda em especial consideração além das circunstâncias de facto que têm marcado a evolução da disciplina militar, as mutações legislativas que têm sucedido ao longo dos anos no ordenamento jurídico-constitucional e que têm aproximado o modelo de administração militar à *praxis* instituída na administração pública em geral.

Note-se que o debate acerca da inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário foi fomentado pela revisão constitucional de 1989, implementada pela Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, que procedeu a alterações ao artigo 268.º da CRP, flexibilizando o conceito de impugnabilidade do ato administrativo, tendo ainda aligeirado o acesso dos particulares às instâncias judiciais para sindicarem o ato impugnado.

No nosso entendimento esse debate não constituindo uma novidade no seio do ordenamento jurídico-administrativo, assumirá um renovado interesse cotejando o regime vigente no direito administrativo geral com o regime jurídico disciplinar das Forças Armadas, no qual subsiste o recurso hierárquico necessário das sanções disciplinares punitivas enquanto condição para impugnação contenciosa do ato.

Esse regime encontrando-se ainda distante da alteração de paradigma edificada pelo novo CPA, concretamente no n.º 2 do artigo 185.º, crê-se que tem vindo a merecer uma cuidada reflexão, competindo dissertar se os fundamentos que consagraram a regra do recurso hierárquico necessário ainda possuem a necessária validade face ao fenómeno da administrativização das Forças Armadas, e da aproximação do estatuto dos militares da posição jurídica do cidadão comum, nomeadamente dos trabalhadores que exercem funções públicas.

De resto, o novo padrão da organização judiciária militar ocorrido com a extinção dos tribunais militares impulsionado pela revisão constitucional de 1997, imprimiu diversas alterações no procedimento contencioso militar, tornando-o similar aos princípios caracterizantes do contencioso administrativo previstos no CPTA. Vigora, assim, o contencioso administrativo da disciplina militar que se dedica a ajuizar a aplicação das sanções disciplinares previstas no RDM, de acordo com as normas das leis do processo administrativo.

O militar punido disciplinarmente que decida em período posterior recorrer às instâncias judiciais, encontrar-se-á, assim, dotado de todos os meios processuais consagrados à luz do CPTA, não beneficiando nessa fase impugnatória de qualquer

estatuto especial face ao que se encontra ao dispor do cidadão comum. Resta apurar se tal fará sentido, atendendo a que na esfera do RDM os meios de tutela dos militares encontram-se sintonizados com o poder disciplinar do respetivo comandante/diretor ou chefe, apresentando características que dificultam a sua compatibilização com a impugnação judicial.

Atente-se que o presente estudo não visa colocar em causa o atual regime da disciplina militar, nem tampouco enunciar as vantagens e desvantagens do direito administrativo geral face a esse regime. A nossa preocupação centrar-se-á no estudo das sanções disciplinares militares e das suas consequências para a esfera jurídica dos militares, fazendo a ponte para o recurso aos mecanismos de tutela administrativa previstos no RDM, e do seu contributo para o fomento do debate a respeito da inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário.

MÉTODO E PLANIFICAÇÃO DO ESTUDO

Parece-nos que a opção por um método circunscrito à dogmática jurídica ou sustentado na simples descrição de conceitos e de opiniões doutrinárias ou jurisprudenciais, não seria o mais adequado face à especificidade do tema em análise nem suscitaria o maior interesse junto do público-alvo.

Nesse sentido julgamos que o recurso a um método que combine a dogmática jurídica com elementos empíricos, auxiliado por uma visão histórico-política da disciplina militar, será o mais idóneo para fazer a ponte entre o debate em torno da inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário e a sua consonância com a natureza do ato punitivo previsto no RDM, com os meios de tutela de direitos dos militares sancionados.

Para tal, a citação de textos de opinião de autores afetos ao setor da Defesa Nacional constitui um dos fatores de relevo do nosso trabalho, na firme convicção que a transmissão do conhecimento empírico adquirido ao longo de toda uma carreira militar

sobre os valores fundamentais das Forças Armadas, é indispensável para despertar o interesse dos leitores para a relevância do tema e impede que a discussão se restrinja ao regime das impugnações administrativas à luz do previsto no CPA e CPTA.

Note-se que ainda que disciplina militar seja um tema que *de per se* é objeto de discussões no seio da opinião pública, a ratio que o destriça do direito disciplinar a aplicável designadamente aos trabalhadores que exercem funções públicas é por muitos ainda desconhecida, merecendo, por conseguinte, ser explanada de forma mais minuciosa.

Torna-se assim decisivo o contributo da ciência militar, cuja enunciação não descurará o devido enquadramento histórico-doutrinário, fazendo o paralelismo numa vertente objetiva, com a ciência jurídico-administrativa circunscrita sempre ao regime de invalidade dos atos administrativos.

O recurso à ciência jurídico-administrativa assume-se, de resto, como a escolha mais coerente para introduzir o estudo da disciplina militar, não só para aclarar a interligação entre o direito administrativo geral e o especial mas porque constitui um elemento auxiliador da compreensão dos leitores acerca dos traços basilares da regulamento de disciplinar militar, permitindo uma correta perceção da problemática em torno dos meios de defesa ao dispor dos militares, quando confrontados com o regime previsto no atual CPA.

Para levar a bom porto o objetivo do nosso trabalho, a sua planificação obedeceu ao método comum de divisão sistemática por capítulos. No primeiro capítulo o enfoque recaiu na enunciação genérica da origem do debate em torno do recurso hierárquico necessário no ordenamento administrativo, desde a revisão constitucional de 1989 às alterações promovidas pela reforma do contencioso administrativo de 2004, culminando com a recente reforma ocorrida em 2015 no âmbito do direito adjetivo.

A introdução à disciplina militar surgirá no segundo capítulo, no qual será relevada a evolução registada pela Justiça Militar ao longo dos tempos, opondo as

linhas mestras desse regime ao panorama vigente em sede do direito comparado. Concomitantemente procedeu-se por um lado à sua adequação na esfera do direito administrativo geral, e por outro à confrontação com o direito disciplinar a que se encontra adstrito o cidadão comum.

No terceiro capítulo dedicamo-nos em exclusivo ao estudo do RDM, diploma que foi objeto de uma profunda revisão em 2009 e que o faz aproximar dos princípios ordenadores do procedimento disciplinar aplicáveis aos funcionários públicos, designadamente em matéria de garantias impugnatórias, não obstante se procure coabitar as inovações com as regras e normas inerentes à condição militar, refletidas na natureza das sanções disciplinares que revestem um verdadeiro ato administrativo de cariz sancionatório.

Nesse capítulo trataremos ainda de trazer à colação a incompatibilidade do disposto no n.º 3 do artigo 3.º do novo CPA, com a pena disciplinar de repreensão e de repreensão agravada, ambas previstas nas alíneas a) e b) do artigo 30.º, e nos artigos 31.º e 32.º, ambos do RDM, convictos de que tal contribui para fomentar a controvérsia a respeito da prévia exaustão dos meios graciosos aquando da impugnação do ato sancionatório

Para o último capítulo deixamos o que consideramos ser o ponto fulcral da nossa investigação, *in casu* as vicissitudes dos meios de impugnação administrativa ao dispor dos militares e em particular as implicações do seu prévio exercício enquanto condição para acesso à via judicial, com as similitudes mas também dissemelhanças relativamente ao regime que se encontra exposto no CPA e concomitantemente no CPTA.

Nas conclusões faremos uma súmula dos pontos que foram objeto de maior reflexão crítica, balizando os resultados obtidos ao longo do nosso trabalho, tentando demonstrar de forma objetiva o seu contributo para o estudo do direito militar.

CAPÍTULO I

O RECURSO HIERÁRQUICO NECESSÁRIO NO ORDENAMENTO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1. Da Constituição da República Portuguesa de 1976 ao CPA de 1991

No plano constitucional, o regime dos meios de impugnação administrativa sofreu uma franca evolução ao longo do tempo, delimitando-se dois momentos fulcrais¹ ocorridos durante a vigência da CRP de 1976.

Num primeiro período que se estendeu até à revisão constitucional concretizada pela lei constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, as impugnações administrativas visavam conferir aos administrados o direito de recurso contencioso contra os atos definitivos e executórios, exigindo-se para tal a prévia distinção entre recursos gratuitos necessários e facultativos².

Este entendimento correspondendo ao texto inicial da CRP, acabou por ecoar os ensinamentos de MARCELLO CAETANO³ que entendia estarmos perante um recurso hierárquico necessário *quando um subalterno pratique um acto insusceptível de recurso contencioso, que só se tornará definitivo e executório mediante a aceitação dos interessados*.

Nesta fase ainda embrionária do regime das impugnações administrativas, a verticalidade definitiva além de constituir um dos requisitos obrigatórios para a

¹Entendimento expresso por PAULO OTERO, *Impugnações administrativas*, CJA, n.º 28, págs. 50 e 51.

²Veja-se a redação dada pelo n.º 3 do artigo 268.º da CRP, introduzido através da Lei n.º 1/82, de 30 de setembro, que esclarecia ser *garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos definitivos e executórios, independentemente da sua forma, bem como para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido*.

³MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 1980, Almedina, pág. 1266.

impugnação do ato, sujeitava o órgão subalterno ao livre arbítrio dos interessados sob pena do ato carecer de legitimidade. Nesse prisma sendo o ato definitivo e executório⁴, o recurso hierárquico assumiu carácter facultativo. Não possuindo essa natureza, o particular ver-se-ia forçado a exaurir as garantias administrativas para que lhe fosse conferido o direito a recorrer contenciosamente do ato administrativo, daí o surgimento da expressão recurso hierárquico *necessário*.

Mais tarde há a assinalar um segundo momento que teve origem na revisão constitucional de 1989, por intermédio da lei constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, por força da qual foi modificada a redação do artigo 268.⁵, instituindo-se o requisito da lesividade do ato administrativo como fundamento para o interessado, querendo, interpor recurso contencioso, invertendo-se desse modo o paradigma em torno da exigibilidade do ato definitivo e executório⁶.

Com efeito, o artigo 268.º da CRP passou a omitir a alusão à necessidade de o recurso contencioso ser interposto contra atos definitivos e executórios, facto que terá marcado o início do debate doutrinal em torno da inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário, tendo-se adensado a uma velocidade galopante as dúvidas sobre qual a melhor interpretação a dar à nova redação do preceito constitucional entretanto revisto.

A respeito desse facto surgiram duas visões diametralmente opostas. Uma parte da doutrina continuava a reconhecer ao legislador ordinário ampla liberdade para restringir o recurso contencioso através da exigência da definitividade vertical do ato

⁴De salientar que VASCO PEREIRA DA SILVA, in *Em busca do ato administrativo perdido*, Almedina, Coimbra 1998, pág. 629 e ss., opõe-se à definitividade e executoriedade enquanto qualidades do ato administrativo recorrível.

⁵Veja-se a nova redação do citado artigo 268.º da CRP: *É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos, independentemente da sua forma, que lesem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos.*

⁶Neste mesmo sentido, pronunciou-se SÉRVULO CORREIA, cfr. *Direito do Contencioso Administrativo*, vol. I, 2005, p. 574.

administrativo. Entendiam os defensores dessa tese, que se encontraria legitimada a dicotomia entre o recurso gracioso necessário e o recurso meramente facultativo⁷.

Em sentido contrário, alguns autores alegaram que a mutação constitucional entretanto ocorrida modificou o requisito da definitividade vertical, trazendo a lume o critério lesividade do ato administrativo e gerando com isso a inconstitucionalidade da figura do recurso hierárquico necessário.

Nesse momento o debate em torno da inconstitucionalidade das impugnações administrativas necessárias subiu claramente de tom⁸, não obstante tenha decaído a necessidade do interessado acionar a reclamação com natureza necessária para alcançar a via contenciosa.

Em justa medida com a eliminação do critério da definitividade enquanto pressuposto processual, as impugnações administrativas tiveram forçosamente que ser encaradas como meramente facultativas, dando azo a que a doutrina invocasse a *constitucionalidade duvidosa* do recurso hierárquico necessário⁹ ou, mais incisivamente, a inconstitucionalidade da exigência legal de definitividade vertical do ato administrativo como condição de interposição do recurso contencioso¹⁰.

Certo é que apesar das dúvidas suscitadas pela doutrina, o TC acabou por se pronunciar pela não inconstitucionalidade das impugnações administrativas necessárias, motivo pelo qual os tribunais continuaram harmoniosamente a exigir a definitividade

⁷ Veja-se a este respeito a opinião de PAULO OTERO, insistindo que tal alteração do regime não eliminou a coabitação entre recursos graciosos necessários e recursos graciosos facultativos - cfr. *Impugnações administrativas*, CJA, n.º 28, págs. 50 e 51.

⁸ De salientar que a divergência na doutrina encontra-se retratada na obra da autoria de MARCELO REBELO DE SOUSA /ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.^a edição, 2009, pág. 222.

⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1993, pág. 939.

¹⁰ Cfr. PAULO OTERO, *As Garantias Impugnatórias dos Particulares no Código do Procedimento Administrativo*, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLI, 1992, pág. 49 e ss., criticando a posição defendida pelo Prof. Rogério Ehrhardt Soares, que em prol da constitucionalidade da exigência legal de um recurso hierárquico prévio ao recurso contencioso sustenta que o n.º 4 do artigo 268.º da CRP não impõe um recurso contencioso imediato, apenas determina que não pode recusar-se as garantias contenciosas quando há um ato administrativo. Com efeito, o autor critica esta posição por negar qualquer significado à alteração constitucional de 1989 do atual n.º 4 do artigo 268.º.

vertical do ato administrativo enquanto fundamento para o interessado interpor recurso jurisdicional¹¹.

No tocante à legislação ordinária convém relevar que até à entrada em vigor do embrionário CPA, promovido pelo Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de junho, coexistiam as impugnações administrativas necessárias e facultativas, sendo certo que a reclamação tinha sempre carácter facultativo¹². Uma nota também para a introdução da exigência de reclamação necessária, enquanto condição de acesso à via contenciosa.

Durante essa fase deu-se ainda a reforma do contencioso administrativo, através do Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de abril, que aprovou o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF/84) e ainda com a entrada em vigência do Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de julho, que aprovou a Lei do Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA), e cujo artigo 35.º deixou de exigir a reclamação necessária para se alcançar a via contenciosa, perpetuando porém a coexistência dos recursos gratuitos necessários e facultativos.

Mais tarde brotaram as inovações introduzidas pelo CPA de 1992, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, cujo regime aludia para o facto do recurso hierárquico ser necessário ou facultativo, *consoante o acto a impugnar seja ou não insusceptível de recurso contencioso*.

Na prática, a espécie do recurso aferia-se em função da natureza do ato administrativo praticado. Se o mesmo fosse suscetível de impugnação contenciosa, o recurso desde a sua génese teria carácter facultativo. Num polo oposto se a impugnação em 2.º grau fosse condição imprescindível para a impugnação contenciosa, então aí estaríamos perante um recurso hierárquico necessário¹³.

¹¹Foi o caso do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 499/96, de 20 de março, que foi objeto de anotação por parte de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Em defesa do recurso hierárquico*, CJA n.º 0, texto de opinião através do qual veio a manifestar o a sua concordância com aquele aresto.

¹² Neste sentido DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, IV, Policop., 1988, pág. 28.

¹³Neste contexto JOSÉ MANUEL SANTOS BOTELHO/AMÉRICO PIRES ESTEVES/JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, 5.ª edição, 2002, pág. 984, esclarecendo que *A intervenção do superior hierárquico é necessária para que, obtida a sua decisão, o particular a possa impugnar contenciosamente* (cfr. anotação 17.ª ao art. 120.º).

Portanto, face ao regime patenteado ficou claro que tanto o legislador ordinário como a própria jurisprudência, revelaram alguma insensibilidade face às inovações constitucionais registadas em sede de impugnação administrativa, talhando de foice como se não se tivesse ocorrido a supressão das expressões *definitivos e executórios* relativamente aos atos suscetíveis de recurso contencioso¹⁴.

Num outro quadrante, de assinalar o facto do artigo 170.º do CPA de 1991 ter introduzido a regra da suspensão dos efeitos sobre o ato recorrido após a interposição do recurso hierárquico necessário, com exceção do estatuído em legislação especial, ou então nos casos em que a entidade decisora considerasse que a não execução imediata do ato administrativo prejudicava severamente a prossecução do interesse público¹⁵.

O efeito suspensivo sobre o ato recorrido por ocasião da prévia interposição de recurso hierárquico necessário acabou por constituir um ponto de partida face às mudanças que agora vieram a suceder na matéria, com a reforma do procedimento administrativo operada pelo novo CPA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro. Porquanto, o n.º 2 do artigo 189.º aproveitando a redação do artigo 170.º do CPA ora revogado, ampliou o efeito suspensivo do ato impugnado outrossim para os meios de impugnação de carácter facultativo.

1.2. Implicações da reforma do contencioso administrativo de 2002

Face à urgência em adequar e estender as inovações legislativas verificadas na CRP e no CPA ao âmbito do direito processual administrativo procedeu-se à reforma do contencioso administrativo, a par da reorganização dos tribunais administrativos, concretizado com a aprovação do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), através da Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e ainda do Estatuto dos

¹⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, 2000, págs. 63 a 96.

¹⁵ Conforme ensina MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, Volume 1, 1995, pág. 466.

Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), aprovado pelo Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, respetivamente¹⁶.

Em termos gerais a reforma incidiu igualmente sobre a matéria em estudo, concretamente na inversão da regulamentação vigente até à data, passando *in casu* o carácter facultativo da impugnação administrativa a ser entendido como o regime regra no âmbito dos procedimentos instaurados junto dos tribunais administrativos, senão veja-se o teor dos artigos 51.º e 59.º, n.º 4.º e 5.º, ambos do CPTA¹⁷.

O controlo judicial dos atos dos órgãos subalternos passou assim a efetuar-se de forma imediata e tendo como fundamento a lesão dos direitos ou interesses legalmente protegidos ao particular, aludindo à eficácia externa do ato impugnado em substituição do requisito da definitividade vertical. Dessa forma e atendendo ao disposto no n.º 1 do artigo 51.º do CPTA, passou a ser desnecessário à luz do direito processual o prévio exercício do recurso hierárquico necessário para se alcançar a via contenciosa.

Acresce referir que a reforma não olvidou o critério da lesividade do ato administrativo. Pelo contrário, ao outorgar o mecanismo previsto nas alíneas b), e) e f) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA, o legislador acentuou o grau de impugnabilidade perante atos que possam lesar direitos ou interesses legalmente protelados por ofensa do princípio da legalidade objetiva¹⁸

Por outro lado o juiz administrativo passou também a possuir amplos poderes de atuação¹⁹, estreitando a sua relação com os próprios órgãos administrativos, ao mesmo tempo em que foram alargados os meios de tutela ao dispor dos particulares. A

¹⁶De referir que DIOGO FREITAS DO AMARAL, na sua obra *Última Lição*, 2007, pág. 29, elogia o sentido e alcance dessas reformas, que colocaram o contencioso administrativo português na vanguarda do ordenamento jurídico-administrativo europeu, ao lado de países como a Alemanha e a França.

¹⁷Nesse sentido, pronunciam-se, por todos, ISABEL CELESTE FONSECA, *Repensar as impugnações administrativas entre a efectividade do processo e a unidade da acção administrativa*, CJA n.º 82, p. 74, SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, vol. I, 2005, p. 788 e ainda MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 2010, p. 303.

¹⁸Sobre este aspeto e em particular, debruçaram-se MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentários ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, pág. 261.

¹⁹Extingue-se o modelo importado de França, que limitava os poderes do juiz aquando da apreciação do litígio, cfr. RUI CHANCELERE DE MACHETE, *Poderes do Tribunal: O Juiz*, A Nova Justiça Administrativa, Centro de Estudos Judiciários, pág. 129 e ss..

possibilidade do juiz aplicar sanções pecuniárias compulsórias à administração bem como a faculdade de ordenar a realização de diligências de prova para o apuramento da verdade, são exemplos ilustrativos do reforço dos poderes jurisdicionais na sequência da reforma do contencioso administrativo.

Em todo o caso ao subsistir a exigência de prévio esgotamento dos mecanismos administrativos quando determinados por lei, rapidamente surgiram vozes discordantes no seio da doutrina, havendo desde logo quem julgasse tratar-se de uma posição que enferma do vício de inconstitucionalidade com fundamento na violação de princípios fundamentais, tais como a tutela efetiva dos direitos dos particulares, o acesso à justiça administrativa e a separação entre administração e justiça.

Nesse prisma há a destacar a posição assumida por VASCO PEREIRA DA SILVA²⁰, que desde a génese defendeu que o CPTA de 2002 afastou de forma inequívoca o recurso hierárquico necessário, através do cotejo entre o regime constitucional e as disposições constantes na legislação ordinária. De acordo com a sua posição amplamente conhecida, a figura do recurso hierárquico necessário deixou de existir por completo no ordenamento jurídico português tanto como regra geral como através de legislação avulsa, em virtude da caducidade por ausência de objeto.

Porém outros autores não comungaram da mesma posição, em especial MÁRIO AROSO DE ALMEIDA²¹, relevando que apesar de se encontrar claro que o regime instituído pelo CPTA elidiu a regra geral do recurso hierárquico necessário, o mesmo não possui alcance para afastar as múltiplas disposições legais avulsas que instituem o regime do recurso hierárquico necessário em situações concretas²².

²⁰Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, pág. 189, com desenvolvimentos no seu texto opinião *Do Velho se Fez Novo. A Ação Administrativa Especial de Anulação de Acto Administrativo* in *Temas e Problemas de Processo Administrativo*, 2.ª Edição Revista e Atualizada. Mais desenvolvimentos na obra *Em Busca do ato administrativo perdido*, pág. 660 e ss., e ainda pág. 677 e ss.; *Breve Crónica de uma Reforma Anunciada*, in CJA n.º 1, janeiro/fevereiro de 1997, pág. 3 e ss.; *O Contencioso Administrativo como Direito Constitucional Concretizado ou ainda por Concretizar?* in *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, pág. 87 e ss..

²¹ M. AROSO DE ALMEIDA, in CJA, n.º 34, pág. 71 a 74.

²² A título exemplificativo, veja-se o exposto no artigo 75.º n.º8 do Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de janeiro.

O entendimento consensual apontava até então para a possibilidade de impugnação imediata junto dos tribunais administrativos sobre os atos lesivos dos direitos ou interesses legalmente protegidos aos interessados, vigorando contudo uma válvula de escape que apontava para o prévio exercício de recurso hierárquico necessário quando decorra do exposto em lei especial ou avulsa²³.

Por fim não se afigura desprezível referir que as mudanças operadas pela reforma do contencioso administrativo de 2002, ocorridas a reboque da reforma constitucional de 1997, obtiveram um impacto imediato tanto no seio do direito administrativo geral como em legislação administrativa especial, na qual se inclui por inerência a Administração Militar, assunto nuclear que constitui objeto do nosso estudo.

1.3. Regime das impugnações administrativas à luz do novo CPA

Outra das pedras de toque do presente trabalho centra-se na análise ao novo CPA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, atendendo a que o legislador procedeu a importantes mutações no regime das impugnações administrativas, que importam ser devidamente afloradas em função do interesse que revelam para o tema em análise.

Desde logo atente-se que a comissão constituída para rever o CPA²⁴ beneficiando de ampla margem de atuação, operou profundas alterações nos mais diversos títulos e capítulos que compõem o direito adjetivo, ao ponto de rapidamente se ter concluído com alargado consenso doutrinal estarmos perante um novo Código²⁵,

²³Sobre o surgimento do carácter facultativo como regra geral no âmbito das impugnações administrativas, ISABEL CELESTE FONSECA, *Repensar as impugnações administrativas entre a efectividade do processo e a unidade da acção administrativa*, CJA n.º 82, pág. 74, salienta que *de acordo com leitura mais consensual, quer do ponto de vista doutrinal quer jurisprudencial, a lei processual administrativa veio inverter a lógica do sistema no que concerne à impugnação de actos praticados pelos subalternos, tendo determinado, como regra geral, a desnecessidade da impugnação administrativa prévia para se aceder à via contenciosa (arts. 51.º e 59.º, n.os 4 e 5 do CPTA)*.

²⁴Cuja constituição foi aprovado através do Despacho n.º 9415/2012, do Ministro de Estado e das Finanças e da Ministra da Justiça (publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 134, de 12 de Julho de 2012, 24627).

²⁵Especial realce para a opinião de DIOGO FREITAS DO AMARAL, que aventou estarmos perante um novo Código se porventura, como acabou de resto por se confirmar, fosse consagrado o fim do princípio

muito embora não tenha findado a espinha dorsal do CPA de 1992, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro.

As mudanças registadas visaram tornar a Administração Pública mais eficaz e transparente, tornando-a ao mesmo tempo mais próxima e mais acessível aos cidadãos²⁶. Cremos que as inovações edificadas no regime das impugnações administrativas obedecem de facto a esse padrão, apesar de merecerem da nossa parte alguns comentários tendo presente o estudo sobre as vicissitudes do recurso hierárquico necessário.

Desde logo, do corpo do novo código sobressai no artigo 3.º a expressão *impugnações administrativas necessárias*, algo que VASCO PEREIRA DA SILVA²⁷ não se coibiu de reprovar, porquanto entende que tal pressuposto processual não se encontra previsto no CPTA, e que o busfili em torno da inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário não se resolverá enquanto o legislador se demitir de harmonizar a questão igualmente no direito processual.

Não obstante essa opinião desfavorável, julgamos que as alterações promovidas no regime das agora intituladas *impugnações administrativas necessárias* transparecem um notório empenho por parte do legislador em esbater a densa querela doutrinal e jurisprudencial que persiste em torno da sua conformidade com o texto constitucional²⁸.

geral do privilégio de execução prévia da Administração, porquanto dessa forma o sistema administrativo de tipo francês que sempre caracterizou o nosso ordenamento jurídico-administrativo passaria a assumir os traços caracterizantes do sistema anglo-saxónico, in Colóquio sobre o Projeto de Revisão do CPA, realizado em 25 de junho de 2013, na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.

²⁶ Frase extraída do preâmbulo da Proposta de Lei n.º 224/XII que autorizou o Governo a aprovar o novo CPA.

²⁷ In CJA n.º 101, 2013, *Primeiro comentário à revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)*, pág. 88.

²⁸ Discussão fomentada com a revisão da CRP ocorrida em 1989, e que teve como principais impulsionadores VASCO PEREIRA DA SILVA através das suas obras *Em busca do ato administrativo perdido*, 1996, pág. 667 e 674, e *Ventos de Mudança no contencioso administrativo*, 2000, pág. 11 e 88 e 89, e PAULO OTERO, na obra *As garantias impugnatórias dos particulares no Código do Procedimento Administrativo, Scientia Iuridica*, vol. XLI (n.º 235/337), pág. 58 e ss.. Na jurisprudência, todavia, a constitucionalidade desse instituto nunca terá estado em causa, vide Acórdão n.º 499/96, do TC, ao abrigo do qual reveste de legalidade a consagração por lei especial da prévia interposição de recurso hierárquico necessário, para se alcançar a via contenciosa. Neste sentido J.C. VIEIRA DE ANDRADE, in CJA n.º 0, pág. 13 e ss.

É de aplaudir também a clarificação acerca do objeto da reclamação e do recurso hierárquico, tendo o n.º 1 do artigo 185.º vincado que o carácter necessário ou facultativo desses meios de impugnação administrativa encontra-se dependente do efeito jurídico que lhes é conferido por lei. *I.e.*, supondo que a prévia interposição para alcançar os meios contenciosos de impugnação ou condenação à prática do ato devido constitui uma exigência *ope legis*, a reclamação ou recurso serão necessários, caso contrário os mesmos serão considerados facultativos.

O n.º 2 do artigo 185.º vai mais longe, ao inverter o regime regra até então fixado pelo CPA que lhe precede, estabelecendo agora que *as reclamações e os recursos têm carácter facultativo, salvo se a lei os denominar como necessários*. Em bom rigor há muito que a *praxis* instituída no nosso ordenamento jurídico-administrativo, encarava os meios de impugnação gratuitos como sendo por regra facultativos, uma vez que a prévia interposição de recurso hierárquico para se alcançar a via contenciosa resultava apenas por força do estipulado em disposições regulamentares ou alternativamente de acordo com o previsto em legislação especial, como sucede com o RDM.

A restrita delimitação das situações que podem exigir a prévia impugnação administrativa constitui outra das novidades instituídas pelo novo CPA. Além de perecer a determinação constante em regulamento administrativo, essa necessidade deve agora resultar apenas de ato legislativo através do qual formalmente se assinala, sem reservas, que a reclamação ou recurso são necessários²⁹. Caso contrário, o interessado tem via aberta para aceder à jurisdição administrativa.

Registaram-se porém outras alterações de relevo, como a faculdade conferida ao particular para interpor reclamação ou recurso hierárquico perante a omissão ilegítima de atos administrativos. Julga-se que esta inovação instituída pelo artigo 184.º do CPA, tem em vista ajustar o regime da reclamação e dos recursos administrativos ao desaparecimento da figura do indeferimento tácito³⁰.

²⁹Faz eco ao entendimento vertido por ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Recurso hierárquico necessário e regime dos direitos, liberdades e garantias*, in *Scientia Iuridica*, vol. L (n.º 289), págs. 77, 102 e 103.

³⁰Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2015, pág. 377.

Existe a clara convicção de que tanto a reclamação como o recurso hierárquico acabam por funcionar, ao abrigo deste novo regime, como uma garantia administrativa *não-impugnatória*³¹ cujo objetivo é o de alcançar por parte da administração a emissão do ato administrativo ilegalmente omitido, excetuando a circunstância assinalada no n.º 4 do artigo 197.º do CPA³².

Foi dado assim um novo impulso ao regime das impugnações administrativas, possuindo agora uma maior amplitude, na medida em que o preceituado no n.º 1 do artigo 184.º permite não só expurgar um ato administrativo da esfera jurídica do recorrente como também substituir o mesmo por um outro ato, quiçá de cariz positivo, suscetível de satisfazer as suas pretensões.

O regime dualista implementado nas impugnações administrativas acaba ainda por ter repercussões no que diz respeito a prazos, dado que a interposição de reclamação ou recurso hierárquico necessário perante a omissão ilegítima de conduta por parte do órgão administrativo confere ao particular lesado o prazo de um ano para reclamar ou recorrer, nos termos do previsto no artigo 187.º do CPA³³. A interposição de recurso hierárquico necessário para impugnação de administrativos mantém-se porém circunscrita ao prazo de trinta dias, de acordo com o estabelecido no n.º 2 do artigo 193.º.

Ainda a respeito da irradicação da figura do indeferimento tácito, não restam dúvidas sobre a ambição revelada pelo legislador corporizada no n.º 4 do artigo 198.º do CPA, vincando que perante a ausência de pronúncia pelo superior hierárquico sobre o recurso em tempo útil (cfr. n.º 1 e 2 do artigo 198.º) gera-se um facto juridicamente impugnável cujo único efeito é o de abrir o acesso à via contenciosa, concedendo ao interessado a possibilidade de utilizar o meio de tutela que considere mais adequado para fazer valer as suas pretensões.

³¹ Feliz expressão utilizada por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *idem*, pág. 378.

³² Neste caso, o órgão com competência para decidir o recurso ordena ao órgão subalterno que pratique o ato ilegalmente omitido.

³³ Encontra-se contudo sujeito ao cumprimento de determinadas formalidades, nomeadamente a comunicação ao órgão superior hierárquico, bem como a notificação do recorrente e eventuais contrainteressados para, querendo, pugnam pelo prosseguimento do recurso, *vide* n.º 5 e 6 do artigo 195.º do CPA.

A mudança da redação do n.º 3 do artigo 175.º do CPA ora revogado, agora estatuído no n.º 4 do artigo 198.º do CPA, alterou o paradigma acerca do ato administrativo impugnado, sendo agora evidente que o interessado em rigor acaba por interpor recurso da decisão material praticada pelo órgão subalterno, sendo que o esgotamento dos meios de impugnação gratuitos junto do superior hierárquico visa satisfazer um mero pressuposto processual³⁴.

A decisão tomada pelo superior hierárquico sobre o recurso que versa sobre a conduta omissiva da administração acaba assim por se revelar um tanto ou quanto irrelevante, no pressuposto de que esse facto não trará repercussões para a esfera jurídica do interessado.

Não obstante todas as inovações operadas pela revisão do CPA de 2015 e do seu inegável mérito, no nosso entendimento a querela doutrinária que constitui uma das bases deste estudo ameaça subsistir pois o legislador ordinário não fechou a porta aos recursos hierárquicos necessários, dado que subsistem quando resultem de ato legislativo avulso.

É um facto que o novo CPA revogou a regra geral do recurso hierárquico necessário. Porém, cremos que o legislador poderia ter ido mais longe e eliminado de vez a exigência do recurso hierárquico necessário, porquanto entendemos que a especialidade de uma norma prende-se com a criação de um regime diferente do regime regra e no caso em concreto as normas apelidadas de especiais não possuem especialidade alguma, já que apenas confirmam a regra geral focalizada na tutela dos direitos dos interessados junto do superior hierárquico.

Essa é uma das razões fulcrais que nos leva a apoiar a tese que abona em favor da revogação implícita de todas as normas que contêm o mesmo regime jurídico³⁵, e da

³⁴Inversão do paradigma assinalada por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *idem*, pág. 387. A ideia tradicional tinha de resto sido já pugnada por PEDRO GONÇALVES, in *Relação entre as impugnações administrativas necessárias e o recurso contencioso de anulação de atos administrativos*, 1996. Nesse mesmo sentido, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *idem*, pág. 81 e ss..

³⁵Não é contudo a opinião de muitos autores, como MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, que opta por uma interpretação mais restrita, vincando que apenas a regra geral foi revogada, mantendo as disposições especiais em plena vigência.

consagração dos meios de impugnação gratuitos enquanto mera faculdade ou vantagem ao dispor do particular lesado que poderá em alternativa avançar de imediato para os meios de impugnação contenciosa, a fim de obter uma decisão judicial favorável sobre o litígio que o opõe a determinada entidade administrativa.

2. A INCONSTITUCIONALIDADE DO RECURSO HIERÁRQUICO NECESSÁRIO

Trata-se de um assunto amplamente controvertido no seio da doutrina e que decidimos abordar numa dupla vertente e em especial no âmbito do direito administrativo especial, com o propósito de evidenciar os esforços ainda insuficientes do legislador em harmonizar o regime das impugnações administrativas.

A nossa posição face à controvérsia, que surge apoiada na tese defensora da inconstitucionalidade das impugnações administrativas necessárias, permanece firme e imutável não obstante o legislador ordinário aquando da revisão do CPA de 2015 tenha despertado para o problema, introduzindo disposições que nos levam a acreditar numa futura resolução da questão, que por certo passará pela abolição deste pressuposto processual não assumido no seio do nosso ordenamento jurídico-administrativo.

No âmbito do direito administrativo geral, a nossa posição encontra-se alicerçada em três vetores: Preterição de princípios jurídico-constitucionais, definitividade do ato administrativo e por fim a inaplicabilidade do n.º 4 e n.º 5 do artigo 59.º do CPTA, paradigma a que se vem juntar as implicações da suspensão do prazo de impugnação contenciosa.

2.1. A Preterição de princípios jurídico-constitucionais

Como já se fez conta, ainda que a revisão constitucional de 1989 tenha introduzido o critério do ato lesivo no âmbito do recurso contencioso de anulação, a recorribilidade do ato administrativo encontrava-se ainda sujeita ao critério da executoriedade e da tripla definitividade.

Com efeito o ato praticado pelo órgão subalterno que não cumprisse o requisito da definitividade vertical, à luz do ordenamento jurídico-administrativo vigente à data, não poderia ser considerado como definitivo e por conseguinte não era suscetível de impugnação contenciosa.

O recurso hierárquico necessário cujo objeto incide sobre o exercício dos poderes de intervenção do superior hierárquico sobre o resultado da atuação do subalterno³⁶, acabou por ser o mecanismo encontrado pelo legislador para superar esse esquema tripartido, pois o ato do subalterno tinha de ser impugnado administrativamente e com a interposição do respetivo recurso o ato oriundo do superior hierárquico já poderia ser alvo de impugnação contenciosa.

Paralelamente e na esteira de um dos ensinamentos postulados pela Escola de Lisboa, o n.º 1 do artigo 25.º da LPTA veio a determinar que apenas os atos de carácter definitivo e executório³⁷ seriam impugnáveis, subsistindo como verticalmente definitivos apenas os atos administrativos praticados por órgãos superiores hierárquicos³⁸. Ao invés os atos não definitivos dos subalternos eram insuscetíveis de impugnação contenciosa pelo que a única forma de os sindicar era através do recurso hierárquico, que dessa forma seria necessário³⁹.

³⁶MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, in *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, cit. pág. 221.

³⁷No que concerne à definição de ato definitivo e executório, vide MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, pág. 443 e ss., e ainda J.M SÉRVULO CORREIA, *Noções de direito administrativo* pág. 310 e ss.. Em sentido contrário pronuncia-se VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca ...*, pág. 629 e ss..

³⁸Aos quais acresciam os atos praticados por subalternos, ao abrigo de delegação de poderes ou no exercício de competências exclusivas.

³⁹Criticando esta solução no plano da validade/eficácia, VASCO PEREIRA DA SILVA refere que o ato administrativo praticado pelo subalterno era idêntico ao praticado pelo superior hierárquico, produzindo

No entanto, derivado da nova redação dada ao n.º 4 do artigo 268.º da CRP de 1989, os pressupostos processuais da definitividade e executoriedade previstos no n.º 1 do artigo 25.º da LPTA vieram a caducar por inconstitucionalidade superveniente⁴⁰.

Na esteira da reforma constitucional implementada, os tribunais deixaram de cingir a sua atuação à simples anulação de atos administrativos, reconhecendo outrossim a tutela dos particulares no que concerne aos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, que desta feita deixaram de ficar dependentes de um novo ato administrativo a praticar pela administração para efeitos de reposição da legalidade⁴¹.

Subsequentemente e com a reforma do contencioso administrativo de 2002, o regime dos recursos jurisdicionais alterou-se substancialmente, sendo hoje opinião quase unânime da doutrina e da jurisprudência que pereceu a exigência de prévia interposição de recurso hierárquico enquanto pressuposto de impugnação contenciosa dos atos administrativos⁴².

A reforma ao CPTA visou em especial consagrar o direito fundamental de acesso à justiça administrativa, fixando a regra jurídica da impugnabilidade dos atos administrativos em razão da eficácia externa e da suscetibilidade em lesar direitos ou interesses legalmente protegidos. Foi assim afastada de forma expressa toda e qualquer exigência de recurso hierárquico necessário com as normas de procedimento reguladoras das garantias administrativas⁴³.

os mesmos efeitos jurídicos, pelo que a necessidade da intervenção do órgão de topo da hierarquia só se verificaria se o particular pretendesse contesta-lo judicialmente. Não o fazendo ele continuaria a sua vigência normal, in CJA, n.º 47, setembro/outubro de 2004, pág. 23.

⁴⁰VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca*, pág. 659; e *O Recurso Directo de Anulação. Uma Acção Chamada Recurso*, in Estudos de Direito Público, n.º 16, Lisboa, Cogmitio, 1987, págs. 16 a 40; *Para Um Contencioso Administrativo dos Particulares*, Coimbra, Almedina, 1989, pág. 186; *Breve Crónica de Uma Reforma Anunciada*, in CJA, n.º 1, janeiro/fevereiro, 1997, pág. 3 e segs. *O Contencioso Administrativo como "Direito Constitucional Concretizado" ou "ainda por Concretizar"?*, in Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo, pág. 87 e segs..

⁴¹SAMPAIO DE LEMOS, *Estatuto da Carreira Docente Universitária: anotado e comentado*, Lisboa, Vislis, 1998.

⁴²Que num sentido integrava o pressuposto processual mais vasto da recorribilidade do ato administrativo.

⁴³ Feliz a expressão utilizada por VASCO PEREIRA DA SILVA, argumentando que o recurso hierárquico passou de necessário a «útil», cfr. *De necessário a útil: a metamorfose do recurso hierárquico no novo contencioso administrativo*, in CJA, n.º 47, setembro/outubro, 2004, pág. 21.

Contrapondo o *supra* exposto com a reforma constitucional de 1989, era nítida a divergência entre a admissibilidade de impugnação contenciosa com as regras especiais resultantes de diplomas avulsos que aludem para a exigência prévia de impugnação administrativa, dando azo a que a doutrina rapidamente invocasse a violação de diversos preceitos jurídico-constitucionais.

A corrente doutrinal que entretanto surgiu defendeu a interpretação restritiva do novo regime do contencioso administrativo⁴⁴, alegando que o ato administrativo impugnável de acordo com os moldes definidos pelo n.º 1 do artigo 51.º do CPTA não implica a revogação tácita de quaisquer normativos de carácter especial. Na verdade, a jurisprudência tem vindo a acompanhar consistentemente essa tese⁴⁵, rejeitando o fim dos recursos hierárquicos instituídos em legislação especial.

À luz desta interpretação a conformidade constitucional da manutenção casuística do recurso hierárquico necessário é um facto incontornável e dado como assente pela própria doutrina maioritária, dado tratar-se de um pressuposto processual que se tem entendido constituir um mero *condicionamento* ou no limite uma *restrição legítima* do direito de acesso aos tribunais e cujo núcleo essencial não é afetado.

De acordo com a posição dominante, serão os diplomas avulsos a determinar a exigência da definitividade vertical do ato administrativo impugnável em idênticos moldes ao regime que se encontrava previsto no período que precedeu a reforma constitucional. Num polo oposto, é dito que o carácter necessário das impugnações administrativas não decorre de um princípio geral do direito administrativo mas sim de uma opção legislativa nesse sentido.

⁴⁴Em acréscimo às posições de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e J.C VIEIRA DE ANDRADE, compete mencionar ainda DIOGO FREITAS DO AMARAL, *O projecto de Código de Contencioso Administrativo*, vide Scientia Iuridica, vol. XLI, n.ºs 235/237 (janeiro/julho 1992), e ainda ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *O acto administrativo*, vide Scientia Iuridica, vol. XXXIX, n.ºs 223/228 (janeiro/dezembro 1990). Em sede de direito comparado, de destacar SANDULLI, cfr. *Manuale di Diritto Administrativo*, Vol. II, 13ª Edição, pág. 1123, e ainda J. G. PEREZ in *El derecho a la tutelar jurisdiccional*, 2ª Edição, pág. 110 a 112.

⁴⁵Maxime os Acs. STA (Pleno) de 4/6/2009 P.377/08; de 19/4/2005 P.1043/04 e de 29/6/2006 P.838/05.

Em oposição a essa visão restritiva e conservadora e num hiato temporal que antecedeu a reforma do contencioso administrativo, levantaram-se vozes contra a constitucionalidade do recurso hierárquico necessário⁴⁶ com fundamento na violação do princípio constitucional da plenitude da tutela dos direitos dos particulares, consagrado pelo n.º 4 do artigo 268.º da CRP, argumentando que a inadmissibilidade de recurso contencioso em consequência da não interposição de recurso hierárquico necessário nega o direito fundamental do próprio recurso contencioso.

Em defesa deste argumento, de relevar o entendimento de PAULO OTERO⁴⁷ que pugna pela legalidade da imediata interposição de recurso contencioso de atos não definitivos, porquanto ao *superior hierárquico é sempre reconhecido um poder de intervenção ex officio na atividade dos seus subalternos decorrente da sua responsabilidade pela totalidade da função*. Num outro prisma, alega que os particulares não se encontram impedidos de facultativamente utilizarem os meios de impugnação gratuitos.

Por outro lado há quem declare que a regra do recurso hierárquico necessário configura também a violação do princípio constitucional da desconcentração administrativa previsto no n.º 2 do artigo 267.º da CRP, que consagra a recorribilidade dos atos dos subalternos sempre que se revelem lesivos perante o qual o superior hierárquico continua a dispor de competência revogatória, nos termos do previsto no artigo 142.º do CPA ora revogado⁴⁸.

⁴⁶Com particular veemência, VASCO PEREIRA DA SILVA, in *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, pág. 347 e segs., *maxime* págs. 354 a 361. Com os concretos fundamentos da violação dos princípios constitucionais, *Em busca...*, pág. 660 e segs. Em sede de direito comparado, de realçar a posição concordante de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, que configura a exigência da via administrativa prévia enquanto condição de acesso à via contenciosa, como uma reduplicação do privilégio de decisão prévia e que, como tal, carece já de toda a justificação numa perspetiva do funcionamento constitucional dos poderes públicos, cfr. *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, S.L. Civilitas Editiones, 1991, pág. 58 e 59.

⁴⁷Na sua obra *As garantias impugnatórias dos particulares ...*, op. cit., pág. 61.

⁴⁸Posição partilhada por PAULO OTERO, *As garantias impugnatórias*, cit, pág. 61. Sobre a estrutura hierárquica da administração debruça-se PEDRO GONÇALVES, *Relações entre as Impugnações Administrativas Necessárias e o Recurso Contencioso de Anulação E Acto*, 1996, Almedina, pág. 30.

Por último tem-se invocado a violação do princípio da efetividade da tutela em razão do efeito preclusivo da impugnabilidade da decisão administrativa⁴⁹, na hipótese de não haver prévia interposição de recurso contencioso no prazo de trinta dias, conforme prevê o n.º 2 do artigo 193.º do CPA, reduzindo-se dessa forma o prazo de impugnação de atos administrativos. Ademais a escassez de prazo para recorrer à via jurisdicional leva ao perecimento da possibilidade de exercício desse direito, facto equiparado à lesão do próprio conteúdo da faculdade ora em crise⁵⁰.

Na verdade a destrição entre o recurso hierárquico necessário e o recurso meramente facultativo, tinha única e exclusivamente a ver com o facto de se saber se o ato administrativo era ou não insuscetível de recurso contencioso, conforme previsão do n.º 1 do artigo 167.º do CPA. Assim, a *necessidade* de recurso hierárquico não dizia respeito à existência nem tampouco à produção de efeitos do ato administrativo, mas apenas à respetiva impugnabilidade contenciosa para que dessa forma se cumpra um mero pressuposto processual.

Com a reforma do CPTA de 2003, é afastada a regra do recurso hierárquico necessário enquanto pressuposto de impugnação contenciosa dos atos administrativos, em abono do princípio da impugnabilidade contenciosa de qualquer ato administrativo lesivo dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, ou então que seja dotado de eficácia externa. Consequentemente, à luz do direito processual o recurso hierárquico bem como as restantes garantias administrativas passaram a ser sempre consideradas desnecessárias para se aderir à via contenciosa.

A utilidade das impugnações administrativas ficou assim dependente do juízo dos particulares, sendo-lhes atribuída a liberdade de ponderação sobre o trilha a percorrer na eventualidade de discordarem sobre o conteúdo do ato administrativo. Contudo a opção pelo prévio recurso hierárquico tem vindo a revelar-se muitas vezes infrutífera, atendendo à forte tendência do órgão superior hierárquico em confirmar o ato praticado pelo órgão subalterno.

⁴⁹ Identicamente previsto no n.º 4 do artigo 268.º da CRP.

⁵⁰ VASCO PEREIRA DA SILVA, *De necessário a útil: a metamorfose do recurso hierárquico no novo contencioso administrativo*, in CJA, n.º 47, setembro/outubro, 2004, pág. 22.

Presente o que precede, cremos que a compatibilização do preceituado no direito substantivo e no direito processual passará inevitavelmente pela revogação expressa das disposições que preveem o recurso hierárquico necessário, em respeito pelos princípios da certeza e da segurança jurídica, uma vez que se deve considerar que elas já caducaram.

Com a subsequente aprovação do novo CPA o legislador insistiu na manutenção da dicotomia entre as impugnações administrativas necessárias e facultativas, pelo que a discussão em torno da constitucionalidade do recurso hierárquico necessário ameaça perdurar, especialmente no seio da doutrina.

Não obstante defendemos que subsiste uma válvula de escape que permite aos particulares avançar diretamente para a ação administrativa anulatória de atos lesivos, e agora também perante a omissão ilegítima de atos por parte da administração, os quais podem juntar à colação o conducente pedido de suspensão de eficácia do ato administrativo.

Acresce referir que o particular ainda que se decida pela impugnação administrativa graciosa pode ao mesmo tempo usufruir do efeito geral de suspensão do prazo de recurso contencioso, e só depois em função do resultado da garantia administrativa terá oportunidade de ponderar sobre a possibilidade de impugnar judicialmente o ato.

De relevar que na eventualidade da administração incumprir para com o particular no seu dever de informação acerca da inimpugnabilidade do ato, terá como consequência a possibilidade de impugnação contenciosa imediata. Nessa factualidade o órgão autor do ato deve indicar com clareza qual o destinatário do mesmo, além do conducente prazo de impugnação⁵¹.

O interessado poderá ainda lançar mão da suspensão da eficácia do ato administrativo ao mesmo tempo que decide impugnar hierarquicamente a decisão

⁵¹Entendimento defendido por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código ...*, ob. cit, pág. 347.

administrativa, ao abrigo do disposto no n.º 5 do artigo 59.º do CPTA. Nessa esteira poderá a todo tempo recorrer à via contenciosa sem ter de aguardar pela pronúncia do superior hierárquico em sede de impugnação administrativa.

2.2. O paradigma da definitividade vertical do ato administrativo

Com a maturação do ordenamento jurídico-administrativo à boleia da reforma constitucional de 1989, a definitividade do ato deixou de atender à posição hierárquica do órgão que o emana, levando ao afastamento por via de lei do conceito do ato administrativo horizontal em prol da sua verticalidade. Essa conclusão resulta do previsto no n.º 1 do artigo 51.º do CPTA, que interliga o ato impugnado ao conducente procedimento administrativo. Por sua vez o n.º 3 do CPTA pressupõe a impugnabilidade de atos procedimentais, facto que reacendeu a discussão em torno da exigência dos atos com eficácia externa⁵².

Atente-se que já o direito processual na sua versão anterior, concretamente no n.º 1 do artigo 25.º da LPTA, não previa de forma expressa o pressuposto da definitividade, nem tampouco previa as impugnações administrativas necessárias com o propósito do interessado aceder à via contenciosa.

Delimitando esse conceito, o atual CPTA em parte não impõe para a recorribilidade do ato que este seja verticalmente definitivo, tal como se deduz do n.º 1 do artigo 51.º, e dos n.ºs 4 e 5 do artigo 59.º, normas que estabelecem por um lado o efeito suspensivo do prazo de impugnação contenciosa do ato administrativo à utilização de garantias administrativas, e numa outra vertente permite que o particular possa impugnar de imediato em juízo o ato⁵³.

⁵²Ficam afastados deste âmbito os atos preparatórios como os pareceres, ainda que possam ser vinculados por ausência de capacidade em constituir direitos e por conseguinte sejam suscetíveis de produzir efeitos externos, vide MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código*, págs. 344 e 345 e J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça....*, págs. 208 e 209.

⁵³Recorde-se que a doutrina debate-se em torno dos critérios delimitadores existentes no direito processual, surgindo o entendimento de VASCO PEREIRA DA SILVA in *Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 343 e 344, que fala na existência de dois critérios, um associado aos autores popular e público e outro para o ator singular; comungando da mesma

Em sede do direito processual tornou-se assim desnecessário aguardar por uma segunda opinião, que muitas vezes na prática é uma espécie de homologação do superior hierárquico da decisão tomada pelo subordinado, tendo havido uma revogação tácita das normas do CPA que regulavam esta matéria, tendo-se ainda questionando se teria havido ou não revogação das normas especiais que consagravam tal exigência.

Note-se que além do conceito de ato horizontal e vertical, FREITAS DO AMARAL⁵⁴ constituiu mais uma a que chamou definitividade material, caracterizando-a como um ato com eficácia externa no sentido de que se tratava de um ato cujos efeitos não se esgotavam na esfera da própria entidade que o emitia, isto é, apenas aos seus órgãos ou funcionários e agentes num plano de relações intra-administrativas ou inter-orgânicas.

No seu entendimento o ato administrativo será ao invés mais abrangente, considerando que a entidade pública que o praticava definia a situação jurídica de outrem ou a sua própria situação jurídica perante outrem que com ela estivesse ou pretendesse estar em relação administrativa.

Todavia ainda que se incline para a consagração do critério da definitividade material do ato administrativo, a verdade é que o mesmo acaba por colidir com os argumentos descritos sobre os atos internos, ao abrigo dos quais viemos a admitir a impugnabilidade apenas dos atos que versem sobre as relações inter-orgânicas em razão da afetação dos direitos ou interesses dos funcionários os agentes pertencentes a uma determinada entidade.

Além de que a proeminência dos atos meramente confirmativos, que acabaram por não introduzir quaisquer efeitos jurídicos novos, suprimiram o carácter regulador exigível ao ato administrativo à luz do critério da definitividade material, da mesma maneira como são insuscetíveis de serem considerados como definidores do direito

ideia MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, in *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2013, pág.276.

⁵⁴Idem, obra cit, pág. 281.

aplicável⁵⁵, razão pela qual no ordenamento jurídico-administrativo atual apenas lhe é reconhecida a definitividade vertical com os contornos já melhor descritos.

Adiante, de referir que o novo CPA acabou por acompanhar *grosso modo* o espírito conformista imposto pelo CPTA na querela em torno da inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário, senão veja-se o teor do n.º 1 do artigo 185.º, prevendo que as reclamações e os recursos são necessários ou facultativos conforme dependa ou não da sua prévia utilização a possibilidade de acesso aos meios contenciosos de impugnação ou condenação à prática de ato devido.

A exigência de definitividade vertical para a impugnabilidade de atos administrativos mantém-se assim viva nesta nova versão do CPA, ainda que de forma mais restritiva⁵⁶, facto que vem alimentar a discussão doutrinal em torno da inconstitucionalidade das impugnações administrativas necessárias.

Reitera-se que a solução para esta problemática passará necessariamente pela possibilidade intrínseca do interessado recorrer diretamente aos meios contenciosos para impugnar o ato, com fundamento na lesão dos seus direitos e interesses legítimos. Dessa forma julgamos que o critério da definitividade vertical do ato administrativo será definitivamente expurgado do ordenamento jurídico-administrativo⁵⁷.

⁵⁵Do mesmo modo se pode afirmar que no âmbito dos atos de execução, sendo também esses suscetíveis de lesar direitos dos interessados e como tal impugnáveis, também estes não gozam de caráter regulador nem de definitividade material.

⁵⁶Circunscrita aos casos de previsão por intermédio de ato legislativo.

⁵⁷Porém a doutrina majoritária pugna pela manutenção do regime, admitindo que apenas perante uma imposição abusiva e desproporcional de requisitos processuais poderá consubstanciar o condicionamento ilegítimo do acesso à justiça e desse modo seja violado o texto constitucional, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2007, pág. 142, e ainda, no mesmo sentido, J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 4ª Edição, págs. 268 a 270, JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora Editora, pág. 313.

2.3. A inaplicabilidade do artigo 59.º n.º 4 e n.º 5 do CPTA no âmbito das impugnações administrativas necessárias

Face ao corpo dos preceitos normativos já melhor referidos e da instabilidade que daí poderá decorrer para a esfera jurídica do particular, importa dissecar quais os meios de impugnação administrativa sujeitos à égide do n.º 4 do artigo 59.º do CPTA⁵⁸, isto é que sejam suscetíveis de suspender o prazo de impugnação contenciosa.

Da leitura do previsto no n.º 1 do artigo 185.º do CPA, resulta que *As reclamações e os recursos são necessários ou facultativos, conforme dependa, ou não, da sua prévia utilização a possibilidade de acesso aos meios contenciosos de impugnação ou condenação à prática de ato devido*. Dessa norma podemos deduzir que perante um ato diretamente impugnável junto dos tribunais administrativos, o meio de impugnação assume natureza facultativa.

Inversamente quando em causa se encontrar uma ação administrativa para a prática de ato legalmente devido, conforme previsto no artigo 66.º e seguintes do CPTA, ou ainda face à exigência prévia de impugnação administrativa de um ato que lesivo dos direitos ou interesses que tutelam o particular, em ambas as situações estaremos perante um meio de impugnação administrativa com caráter necessário⁵⁹.

Não sendo por força desse regime permitida a impugnação contenciosa do ato, conclui-se que não existe ainda um prazo efetivo para o interessado recorrer a essa via impugnatória. Por essa ordem de ideias poderemos considerar que as impugnações administrativas necessárias geram a inaplicabilidade do n.º 4 do artigo 59.º do CPTA.

Para efeito de suspensão do prazo de impugnação contenciosa do ato administrativo, o âmbito de aplicação do citado no n.º 4 do artigo 59.º do CPTA cingir-se-á assim unicamente às impugnações administrativas facultativas.

⁵⁸Note-se que o diploma foi recentemente revisto pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, apesar de não trazer novidades na matéria em análise.

⁵⁹Neste sentido, JOSÉ MANUEL SANTOS BOTELHO / AMÉRICO PIRES ESTEVES / JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código ...*, 5.ª edição, 2002, pág. 984.

Na verdade não se afigura possível abordar o paradigma da suspensão do prazo de impugnação contenciosa, quando em legislação especial consta a exigência de pronúncia e decisão por parte de determinada autoridade administrativa. Face à proeminência deste pressuposto processual, é assente que o prazo para impugnação contenciosa não chega sequer a iniciar-se⁶⁰.

Com efeito a admissibilidade de suspensão do prazo para impugnação contenciosa do ato administrativo apenas se afigura útil e exequível, no pretexto de que esse prazo impugnatório se encontra efetivamente a correr na esfera jurídica do particular.

O n.º 3 do artigo 58.º do CPTA por sua vez indica o regime previsto para a propositura de ações cíveis no âmbito do CPC, como aquele que é subsidiariamente aplicável no tocante às regras de contagem de prazos em sede de impugnação contenciosa do ato administrativo. Assim, a suspensão de um prazo que ainda não se tenha iniciado ou ainda uma eventual utilização irregular do meio administrativo correspondente, invalidam a suspensão do prazo de impugnação contenciosa⁶¹.

Em bom rigor, a aplicação do previsto no n.º 4 do artigo 59.º do CPTA funda-se apenas em atos sujeitos ao regime de impugnação administrativa facultativa, *i.e.*, cujo objeto de impugnação administrativa é iminentemente suscetível de impugnação contenciosa⁶².

⁶⁰Como melhor explicam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *se se tratar de uma impugnação administrativa necessária, é porque o acto em causa não é ainda passível de impugnação judicial, não havendo, por isso, qualquer prazo a correr para este efeito*: cfr. *Código...*, Volume I, cit., p. 391. No mesmo sentido, cfr. SÉRVULO CORREIA, *O incumprimento do dever de decidir*, CJA n.º 54, págs. 19, 20, 22, 23 e 31, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 2015, Almedina, págs. 229 e 317, bem como MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 679, e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, cit., pp. 307, 314 e 341.

⁶¹Veja-se as considerações plasmadas no acórdão do TCA Sul, de 4/12/2008, no âmbito do processo n.º 04079/08.

⁶²Atente-se que, nas palavras de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *não é necessário, para haver interesse processual na impugnação perante os tribunais administrativos, que o autor demonstre ter tentado infrutiferamente obter a remoção do acto que considera ilegal por via extrajudicial*, in *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 2007, pág. 141.

Cumpre não olvidar porém que o legislador exige o cumprimento de dois requisitos prévios: que a impugnação administrativa em causa seja legalmente admitida e que a mesma seja utilizada dentro do prazo legalmente estabelecido para o efeito.

O legislador ao estabelecer essas diretrizes, no âmbito do direito processual pretendeu por um lado valorizar e estimular a utilização das impugnações administrativas facultativas, e por outro dissipar o paradigma em torno da convalidação do ato ilegal com o decurso do tempo⁶³, ainda que no plano teórico esta disposição imponha um mero *alargamento* do prazo de impugnação contenciosa.

Muito embora a presente figura apresente alguns aspetos positivos, são notórias as fragilidades ao nível da sua aplicabilidade. Desde logo, há a apontar a ausência de esclarecimento sobre a eventual suspensão do prazo quando a administração decida não se pronunciar sobre o mérito do ato em primeira instância com fundamento v.g. no vício de falta de legitimidade do recurso hierárquico facultativo.

Perante tal cenário, admite-se a impugnabilidade do ato que indefere a interposição do recurso e da correspondente suspensão do prazo de impugnação contenciosa, até ao momento em que o interessado seja regularmente notificado dessa decisão, que por sua vez surgirá em idênticos moldes à decisão que foi proferida sobre o recurso hierárquico típico.⁶⁴

Em sentido oposto coloca-se a questão da inaplicabilidade da suspensão do prazo previsto no n.º 4 do artigo 59.º do CPTA, quando perante uma situação de impugnação administrativa indevida. Neste caso em específico e desde que comprovado o erro desculpável do particular, a problemática seria ultrapassada com o recurso ao disposto nas alíneas b) e c) do n.º 4 do artigo 58.º do CPTA⁶⁵.

⁶³ Maxime VASCO PEREIRA DA SILVA, in *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, pág. 440.

⁶⁴ Neste sentido TIAGO DUARTE e CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, in *A Suspensão e a Interrupção do prazo para a Impugnação judicial dos Actos Administrativos. Vale a pena arriscar?* Estudos de Direito Público, PLMJ, 2010. Em sentido inverso, *ex vi* acórdão do STA de 16/04/2008, processo n.º 074307.

⁶⁵ Cfr. PEDRO MACHETE, in *Notificação deficiente do acto administrativo – a articulação entre meios administrativos e contenciosos*, CJA n.º 75.

Em traços gerais, o regime das impugnações administrativas assistiu a uma mudança do seu paradigma no período pós-reforma do direito processual. Foi no decurso da Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro que o CPTA deixou de fazer menção à necessidade de exectoriedade e definitividade (horizontal e vertical) do ato para que este fosse impugnável, conforme preceituava o n.º 1 do artigo 24.º da LPTA, além de perecer o pressuposto da impugnação administrativa necessária para admissão da impugnabilidade de atos administrativos, anteriormente previsto no artigo 34.º da LPTA⁶⁶.

Num outro quadrante, ao conjugar o n.º 1 do artigo 51.º com o n.º 4 do artigo 59.º, ambos do CPTA, o recurso hierárquico passou a deter carácter facultativo. No contexto prático deixou assim de ser necessário esgotar primeiramente as vias extrajudiciais para se alcançar a tutela jurisdicional. Ademais o novo CPA veio estabelecer no n.º 2 do artigo 185.º, o carácter facultativo do regime das impugnações administrativas na esfera do direito substantivo, ainda que tenha optado por não expurgar de vez do seu regime a impugnabilidade administrativa necessária⁶⁷, de acordo com a previsão do n.º 5 do artigo 59.º do CPTA.

No tocante aos efeitos sobre os prazos da impugnação administrativa, o n.º 4 do artigo 59.º do CPTA e agora o n.º 1 do artigo 190.º do novo CPA preveem a suspensão do prazo de impugnação contenciosa, sendo essa cláusula agora extensível às reclamações de atos ou omissões sujeitos a recurso administrativo necessário. Porém,

⁶⁶Vigorava neste âmbito a denominada Precedência de impugnação administrativa, no qual o recurso contencioso, quando precedido de impugnação administrativa necessária, dependia da observância, quanto a esta, das disposições seguintes que sejam aplicáveis ao caso:

a) A petição pode ser apresentada perante o autor do ato impugnado ou perante a autoridade a quem seja dirigida, no prazo de um mês, se outro não for especialmente fixado;
b) O recurso hierárquico de ato praticado por órgão da administração central pode ser directamente interposto para o órgão competente para a decisão final.

⁶⁷VASCO PEREIRA DA SILVA entende que o legislador ao apelidar de impugnações administrativas necessárias, que anteriormente se encontrava dividido entre a reclamação e o recurso hierárquico necessário, gerou um novo pressuposto processual que não se encontra previsto no CPTA, *Primeiro Comentário acerca do projeto de revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)* in CJA n.º 101, pág. 88.

persiste a ausência de qualquer mecanismo que impeça o particular de optar por esta via ainda na pendência daquela⁶⁸.

Realce ainda para a extensão desse efeito operada pelo n.º 5 do artigo 190.º do novo CPA, cujo prazo para o interessado intentar o respetivo recurso contencioso passou a iniciar-se *com a notificação da decisão proferida sobre a impugnação administrativa ou com o decurso do respetivo prazo legal*, facto que veio enaltecer a figura do indeferimento tácito do ato administrativo impugnado.

Quanto aos efeitos para a natureza dos atos administrativos o n.º 1 do artigo 189.º do novo CPA veio suspender a eficácia do administrativo impugnado, com a novidade da suspensão funcionar agora apenas sobre as impugnações administrativas necessárias.

Uma nota ainda para o regime de exceção atinente aos meios de impugnação facultativos, cujo preceito já advém do CPA de 1992 e que com a nova reforma de 2015 passou a acolher também a iniciativa oficiosa por parte da administração, que conjuntamente como o interessado pode agora invocar o efeito suspensivo nas situações em que a execução imediata do ato seja suscetível de causar *prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação ao destinatário e a suspensão não cause prejuízo de maior gravidade para o interesse público*.

É notório o cuidado do legislador em prosseguir algumas das linhas de ação determinadas pelo CPTA de 2002, nomeadamente o critério da eficácia externa do ato⁶⁹, enquanto pressupostos basilares para o interessado recorrer do ato administrativo. Além disso acolhe o regime da suspensão dos prazos de impugnação contenciosa previsto no

⁶⁸Em abono da inexistência de vantagens reais para o particular da possível simultaneidade de impugnação administrativa e contenciosa, VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa: lições 10ª* ed. – Coimbra, Almedina, 2009, pag. 228.

⁶⁹Contudo, pese embora esta revisão constitucional, PAULO OTERO continua a sublinhar que a dicotomia entre atos definitivos e atos não definitivos não perdeu utilidade, uma vez que o tipo de ato expresso a natureza da competência e o maior ou menor grau de dependência decisória do seu autor, cfr. *As garantias contenciosas dos particulares no Código do Procedimento Administrativo*, in *Scientia Iuridica*, vol. XLI, n.º 235/237 (janeiro/julho 1992), pág. 58 e ss.

n.º 5 do artigo 59.º do CPTA, valorados para qualquer meio de impugnação administrativa, conforme prevê agora o n.º 1 do artigo 190.º do CPA⁷⁰.

Ainda assim a articulação entre os meios de impugnação administrativa e a via contenciosa acabou por não se revelar plena, dado ter permanecido inalterável quer a ausência de efeito suspensivo do ato enquanto regra geral das impugnações administrativas facultativas e também a necessidade de prévio exercício da impugnação administrativa nos casos que a lei assim o determine.

Em todo o caso constitui uma evidência o facto do regime das impugnações administrativas denotar cada vez menos traços da figura do *administrador-juíz*⁷¹ concentrada na égide do monarca e cujos litígios administrativos eram dirimidos pelos órgãos superiores da administração, ainda que se trate ainda de um processo inacabado.

Atualmente, com a edificação do sistema de justiça delegada e dos tribunais especializados em matéria de direito administrativo desvaneceu-se o clima de promiscuidade entre a justiça e a administração, uma vez que os órgãos administrativos funcionam agora de forma independente, ainda que apresentem uma estrutura idêntica à que caracteriza o poder judicial⁷².

De resto já o precedente decreto-lei n.º 256 - A / 77, de 17 de junho, contribuiu para a judicialização dos tribunais administrativos a pretexto do princípio constitucional de que as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e

⁷⁰Neste sentido reafirma-se o facto das impugnações administrativas facultativas serem atualmente encaradas com uma faculdade recomendável ao dispor do interessado, *vide* PAULO OTERO, *Impugnações administrativas*, CJA n.º 28, p. 52.

⁷¹VASCO PEREIRA DA SILVA afirma que o sistema do administrador-juíz, surgido no período pós Revolução Francesa, integrando a primeira de três fases distintas que demarcam a evolução do contencioso administrativo, relevando a primeira dessas fases, apelidando-a de Pecado Original devido aos conflitos de poderes entre a administração e a justiça, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almedina, 2009, pág....

⁷²MARCELLO CAETANO apelidou estes como órgãos de administração reflexiva, por contraste com os da administração ativa, expressões recordadas por MARCELO REBELO DE SOUSA, in *Lições de Direito Administrativo*, Volume 1, Almedina, 1999, pág. 471.

prevalecem sobre as de quaisquer outras entidades, prevendo também a execução das sentenças dos tribunais administrativos⁷³.

2.3.1. Em particular: A suspensão do prazo de impugnação contenciosa

A presente matéria encontra-se regulada nos n.ºs 4 e n.º 5.º do artigo 59.º do CPTA, e destina-se a fixar a suspensão da contagem do prazo para impugnação contenciosa perante o recurso aos meios de impugnação administrativa consagrados artigos 184.º a 198.º do novo CPA, *in casu* a reclamação e o recurso hierárquico⁷⁴.

Perante o recurso a essas figuras antevê-se os seguintes cenários: A suspensão do prazo de impugnação contenciosa e subsequente recomeço com a notificação da decisão recorrida, ou então o mesmo terá início quando decorrido o prazo legal para ser proferida a decisão sobre a impugnação administrativa respetiva⁷⁵.

Com a entrada em vigor do novo CPA, o padrão instituído no n.º 3 do artigo 190.º CPA de 1992 sofreu assim significativas alterações, estabelecendo-se agora que *A utilização de meios de impugnação administrativa facultativos contra atos administrativos suspende o prazo de propositura de ações nos tribunais administrativos, que só retoma o seu curso com a notificação da decisão proferida sobre a impugnação administrativa ou com o decurso do respetivo prazo legal.*

Foi assim adotada a regra já existente no CPTA, concretamente no n.º 4 do artigo 59.º, conferindo aos meios de impugnação administrativa facultativos o efeito suspensivo sobre os prazos de interposição de ações nos tribunais administrativos, não

⁷³J.M. SÉRVULO CORREIA, *Direito Administrativo II (Contencioso Administrativo)*, Lisboa, 1993, págs. 197 a 199.

⁷⁴Neste âmbito convém ainda atender ao pressuposto da tempestividade do ato, pelo que o efeito suspensivo da impugnação pressupõe o exercício em tempo do respetivo meio de impugnação administrativa, *vide* MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, pág. 392.

⁷⁵Neste sentido, WLADIMIR BRITO, in *Lições de Direito Processual Administrativo*, 2005, págs. 221 e 222.

obstante o legislador tenha decidido manter a exigência do recurso hierárquico necessário nos termos em que já se mencionou.

A possibilidade do interessado recorrer à via contenciosa ainda na pendência da impugnação administrativa constituiu também uma das novidades no novo regime, estatuída no n.º 4 do artigo 190.º do CPA, que dá assim corpo ao que se encontrava já preconizando no CPTA, concretamente no n.º 5 do artigo 59.º.

Em termos práticos, o prazo processual que marca o início do período de impugnação contenciosa depende antecipadamente do meio de impugnação administrativa escolhido pelo interessado. Assim sendo se este decidir reclamar de um qualquer ato administrativo, atender-se-á ao prazo de trinta dias úteis estabelecido no n.º 2 do artigo 192.º do CPA para que o autor do ato emita a decisão sobre a impugnação em apreço.

Ainda que se tenha verificado a transposição *ipsis verbis* do efeito suspensivo que se encontrava previsto no CPTA, a decisão sobre as impugnações administrativas ficou agora condicionada à intervenção dos contrainteressados, ainda em sede de impugnação administrativa em primeiro grau.

Assim, ao prazo de trinta dias úteis para a entidade competente decidir há que contar com o prazo de quinze dias úteis para que os contrainteressados se pronunciem sobre a reclamação administrativa, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 192.º do CPA.

Se a opção do interessado recair na interposição de um recurso hierárquico e além do prazo regra de 30 dias úteis para o órgão competente decidir e da possibilidade de prorrogação até ao máximo de 90 dias, quando sejam requeridas novas diligências probatórias ou haja lugar a nova instrução *vide* n.º 2 do artigo 198.º do CPA, há agora ainda lugar à intervenção dos contrainteressados e da entidade recorrida.

Com as inovações constantes no novo CPA, edifica-se assim a regra da suspensão do prazo de impugnação contenciosa mediante a interposição de um qualquer

meio de impugnação administrativa, dispensando-se a aplicação do que se encontra consagrado no direito processual⁷⁶.

A consagração plena do efeito suspensivo sobre o prazo para impugnação contenciosa do ato administrativo reforça assim a eficácia e utilidade⁷⁷ das garantias administrativas ao dispor do particular, conjuntamente com a celeridade decisória e economicidade, características típicas dos meios de impugnação administrativa.

O alívio dos processos em curso nos tribunais administrativos bem como a prevenção de futuros litígios fazem igualmente parte dos desígnios do legislador aquando da consagração do efeito suspensivo sobre o prazo para impugnação contenciosa, cujo objeto é o de sensibilizar o particular para encarar a jurisdição administrativa como uma via impugnatória recomendável⁷⁸.

Quanto ao proclamado efeito suspensivo da execução do ato administrativo que já vigorava no âmbito do recurso hierárquico necessário ainda que com reservas⁷⁹, o n.º 2 do artigo 189.º do CPA além de eliminar esse regime de exceção, vem agora admitir a possibilidade das impugnações administrativas facultativas determinarem a suspensão da eficácia do ato administrativo impugnado.

Trata-se de uma medida positiva e que se afigura vantajosa face ao que vigorava no regime anterior⁸⁰. Todavia, deixando agora de ser possível à administração invocar o interesse público para eliminar o efeito suspensivo quando acionadas as impugnações

⁷⁶Inovações que têm em conta a corrente doutrinal na matéria, em especial, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ...*, cit., págs. 204 e 263.

⁷⁷ Vai de encontro ao pugnado por VASCO PEREIRA DA SILVA, in *Do necessário...*, cit., pág. 24.

⁷⁸ Acresce que, ainda que se preveja o indeferimento do requerido pelo órgão com competência decisória, o particular terá mais tempo para preparar uma futura ação administrativa, neste sentido PAULO OTERO, *Impugnações ...*, cit., pág. 52 e ainda J.C VIEIRA DE ANDRADE, *Em defesa ...*, cit., pág. 19.

⁷⁹Ao abrigo do extinto n.º 1 do artigo 170.º do CPA, o recurso hierárquico necessário determinava a suspensão da eficácia do ato recorrido, salvo quando a lei disponha em contrário ou quando o autor do ato considere que a sua não execução imediata causaria grave prejuízo ao interesse público.

⁸⁰Conforme anuncia VASCO PEREIRA DA SILVA, no texto opinião *O Inverso do nosso descontentamento – As Impugnações administrativas no projeto de revisão do CPA*, CJA n.º 100 (julho-agosto 2013), pág. 126.

administrativas necessárias, antevêm-se críticas por parte da doutrina mais conservadora na matéria⁸¹.

Por fim há ainda a salientar que sobre o termo do prazo de suspensão a lei contrariamente ao que prevê a respeito do início do prazo de impugnação contenciosa não se afigura aqui tão taxativa, julgando-se que o mesmo começará a correr logo que proferida decisão sobre a impugnação administrativa, ou em alternativa com o decurso do prazo legal para a administração decidir⁸².

Sobre essa matéria carece aflorar a especificidade do prazo para se intentar uma ação de processo de contencioso pré-contratual. A esse respeito o STA veio a pronunciar-se através do Acórdão de 24 de novembro de 2004⁸³, no âmbito do processo n.º 0903/04, esclarecendo que *A norma do n.º 1 do artigo 59.º do CPTA refere-se a actos que devam ser notificados e o artigo 101.º a actos em que não há lugar a notificação. Nestes últimos incluem-se os actos que resultam de se considerar indeferido um recurso administrativo.*

No mesmo sentido ainda que sobre uma matéria distinta, o STA teve oportunidade de se pronunciar novamente sobre a interpretação a dar ao n.º 4 do artigo 59.º do CPTA, por via do Acórdão de 27 de fevereiro de 2008⁸⁴, decidindo que *nos*

⁸¹Em especial, PAULO OTERO in *Impugnações.*, pág. 53 e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Perspectivas de reforma dos procedimentos administrativos revisivos após a reforma do contencioso administrativo*, vide CJA, n.º 54 (novembro/dezembro 2005), pág. 52.

⁸² Neste sentido, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa (Lições)*, 10.ª edição, 2009, pág. 229 e 230.

⁸³O STA decidiu ainda que o prazo de um mês para instaurar a ação de processo urgente de contencioso pré-contratual ao abrigo do disposto no artigo 101.º do CPTA (tal como, anteriormente, à luz do preceituado pelo artigo 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 134/98), era aplicável, não apenas quanto à impugnação de atos expressos mas também à reação contra a inércia da Administração. Sobre o proferido neste aresto, vide SÉRVULO CORREIA, *O incumprimento do dever de decidir*, in CJA, n.º 54, novembro/dezembro de 2005, págs. 21 a 23, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Recurso hierárquico, acto tácito e condenação à prática do acto devido*, in CJA, n.º 53, setembro/outubro de 2005, págs 18 e ss., bem como MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, pág. 675.

⁸⁴Cfr. Acórdão do STA de 27 de fevereiro de 2008, processo n.º 0848/06). Em crítica este Acórdão, considerando *ser a alternativa acolhida, de entre as duas interpretações possíveis, a que mais sacrifica o direito de acesso à justiça administrativa e acabando por concluir que A interpretação perfilhada pelo STA, ao acolher, dos dois entendimentos possíveis, o mais restritivo em matéria de contagem de prazos para impugnação judicial, é por conseguinte de duvidosa constitucionalidade, por não observar o princípio da prevalência da interpretação mais conforme aos direitos fundamentais*, cfr. JOÃO

termos previstos no art. 59º/4 do CPTA, a suspensão do prazo de impugnação contenciosa cessa com a notificação da decisão proferida sobre a impugnação administrativa ou com o decurso do prazo legal para a decidir, conforme o facto que ocorrer em primeiro lugar.

Face ao que precede a doutrina e a jurisprudência acabaram por considerar que a ausência de decisão pelo órgão competente sobre o recurso administrativo determina o início do prazo para impugnação contenciosa, por imperativos de ordem legal. Todavia, cumpre realçar que o órgão *ad quem* mantém o dever de se pronunciar sobre o recurso administrativo⁸⁵.

De outro modo a notificação a que alude o n.º 4 do artigo 59.º do CPTA deve atender à notificação da decisão primária, pelo que qualquer ato decisório subsequente não releva para que principie o prazo de impugnação contenciosa, encontrando-se esse momento de resto devidamente previsto no tempo⁸⁶.

PACHECO DE AMORIM, *As garantias administrativas no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública – II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 204 e 205.

⁸⁵ Como salientam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...*, Volume I, cit., p. 392.

⁸⁶ Surge aqui como exemplo o previsto no n.º 4 do artigo 99.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 02 de março, que regula o regime jurídico da empreitada de obras públicas. Exceciona-se, porém, os casos estipulados no n.º 8 do artigo 59.º do CPTA, situações em que se profira uma decisão administrativa secundária que diga respeito à indicação do autor, do sentido ou dos fundamentos da decisão.

CAPÍTULO II

ENQUADRAMENTO GERAL DA DISCIPLINA MILITAR

Questão prévia: A importância da disciplina militar para as Forças Armadas

Observando o panorama vigente na função pública, facilmente se depreende que o bom funcionamento das entidades administrativas encontra-se dependente da fixação de normas e regras de cariz deontológico e profissional e cujo incumprimento acarreta responsabilidade disciplinar, levando por norma à aplicação de uma sanção de natureza disciplinar.

Com efeito a LTFP aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, estatuiu um regime disciplinar similar ao agora revogado EDFP, enunciando o modo de exercício do poder disciplinar pelo órgão superior hierárquico, no seu capítulo VII.

As disposições plasmadas nesse capítulo não devem ser entendidas como uma mera garantia do cumprimento dos comandos hierárquicos por ele emanados, visando ao invés acautelar que o funcionário público exerça as suas funções tendo como pano de fundo a prossecução do interesse público e no estrito respeito pelos princípios da legalidade e da boa administração⁸⁷.

No tocante aos militares das Forças Armadas e ao objeto da condição militar⁸⁸, a necessidade em conferir maior eficácia à sua atuação e total dedicação ao interesse público implica uma exigência adicional em matéria de disciplina interna⁸⁹, que se

⁸⁷ PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, pág. 59 e ss.

⁸⁸ Consiste num conjunto vasto e complexo de direitos, deveres e situações que definem o específico enquadramento jurídico, deontológico, psicológico e material das FA. Tendo por base a especial natureza das suas missões e das suas atividades e, portanto, atendendo também às concomitantes necessidades, in LUIS PIMENTEL, *A Restrição de Direitos aos Militares das Forças Armadas*, ed. AAFDL, Lisboa, 1996, pág. 345.

⁸⁹ ALEXANDRA LEITÃO, *O direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas*, IDN, 2000, pág. 487.

revela fulcral para a prossecução da missão que a lei constitucional estabelece para os ramos militares⁹⁰.

Aliás, observando o que se encontrava plasmado a esse respeito no RDM precedente (1977)⁹¹, a disciplina militar surgia enquanto laço moral que ligava entre si os diversos graus da hierarquia, daí emergindo a dedicação pelo dever e a estrita e pontual observância das leis e regulamentos militares.

No RDM de 2009⁹², o conceito de disciplina militar encontra-se consagrado e desdobra-se no cumprimento pronto e exato dos deveres militares decorrentes da Constituição, das leis e regulamentos militares, bem como das ordens e instruções dimanadas dos superiores hierárquicos em matéria de serviço⁹³.

De resto as diversas alusões a esse instituto registadas ao longo dos diplomas que regem a Administração Militar são inequívocas no sentido de considerar a disciplina militar como um dos seus alicerces, sendo aplicável quer no exercício das funções administrativas como na própria atividade operacional. Desse juízo advém ainda a conclusão de que *sem disciplina não há Forças Armadas*⁹⁴.

A título exemplificativo note-se que os militares subalternos incorrem em responsabilidade disciplinar e como tal infringem a disciplina militar se porventura pretenderem efetuar uma queixa que incida sobre um superior hierárquico, sem que previamente comuniquem esse facto ao militar em causa⁹⁵.

A disciplina militar surge então como um elemento estrutural sobre o qual dependem os valores militares fundamentais legalmente consagrados, designadamente o respeito pela hierarquia, pela valia da coesão, garantia de segurança e sujeição aos

⁹⁰Cfr. art.º 273.º ao art.º 276 da Constituição da República Portuguesa (CRP). Sobre a norma, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª edição revista e ampliada, 2.º volume, Coimbra Editora, 1985, pág. 450.

⁹¹Regulamento de Disciplina Militar (RDM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/77, de 09 de abril.

⁹²Neste caso já aprovado através de Lei Orgânica com o n.º 2/2009 de 22 de julho.

⁹³Plasmado no artigo 4.º do RDM.

⁹⁴Palavras utilizadas por FIGUEREDO DIAS, in *Justiça Militar, Colóquio Parlamentar da Comissão de Defesa Nacional*, edição da Assembleia da República, Lisboa 1995, pág. 19

⁹⁵Tal resulta do direito de queixa, consagrado no artigo 85.º do RDM.

órgãos de soberania. Nessa esfera sobressai a exigência de uniformidade da obediência por parte de uma multiplicidade de indivíduos⁹⁶.

Noutra instância a disciplina não pode ser olhada enquanto mero cumprimento formal de regras ou ordens. A verdadeira disciplina é o estado de espírito que unido à força moral interior, leva alguém ao escrupuloso cumprimento dos seus deveres⁹⁷.

Em sede de direito comparado, concretamente à luz do direito espanhol, a disciplina militar na sua configuração atual supera a noção de obediência mecânica e ilimitada, que tantos problemas e resultados negativos apresentaram ao longo da história das Forças Armadas. Assim, a disciplina militar caracteriza-se pelo respeito absoluto ao ordenamento jurídico, tanto da perspectiva de quem manda como do ponto de vista de quem tem de obedecer⁹⁸⁹⁹.

Reflexo da importância que esse conceito assume no nosso ordenamento jurídico é a restrição de alguns dos direitos dos militares imposta pela lei fundamental no seu artigo 270.º, concretamente do exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação, petição coletiva e capacidade eleitoral passiva¹⁰⁰.

Acresce ainda referir que no seio das Forças Armadas predomina uma disciplina hierarquizada, ao abrigo da qual o superior hierárquico detentor do poder de direção de uma determinada unidade, estabelecimento ou órgão, emana ordens sobre matéria de serviço para os subalternos cumprirem, possuindo para tal de competência disciplinar para os punir em caso de desobediência a essas ordens ou em caso de qualquer outra infração disciplinar.

⁹⁶ Neste sentido, V.RAFAEL BAÑON e JOSÉ ANTÓNIO OLMEDA, *La institución militar en el Estado contemporáneo*, Madrid, 1985, pág. 72.

⁹⁷ LUIS PIMENTEL, *A Restrição de Direitos aos Militares das Forças Armadas*, ed. AAFDL, Lisboa, 1996, pág. 344.

⁹⁸ Cfr. *perspectivas del personal militar profesional. ingreso, carrera profesional y sistema de responsabilidades*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, 2010, pág. 52

⁹⁹ *Mutatis mutandis* sobre o repúdio das condutas sexuais em lugares públicos atento o valor da Instituição Militar, LORENZO COTINO HUESO, *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2002, pág. 613.

¹⁰⁰ Carece de conjugação com o exposto nos artigos 26.º a 33.º da LDN, aprovada pela Lei n.º 1-B/2009 de 7 de julho.

A hierarquia desempenha de resto um papel de extrema importância para a prossecução das missões das Forças Armadas, cujo conceito advém do modelo de organização adotado pela Igreja¹⁰¹, onde as relações intraorgânicas têm na sua base a relação de hierarquia. Este modelo de organização influenciou a própria organização estadual, nomeadamente a *constituição administrativa* napoleónica¹⁰².

Não vamos no entanto entrar na discussão doutrinal que envolve a definição do conceito de hierarquia, na medida em que não é essa a motivação do presente estudo, ainda que comunguemos da opinião de PAULO OTERO¹⁰³ que caracteriza a relação de hierarquia entre dois órgãos da mesma pessoa coletiva, com base no poder de direção, na supremacia da vontade do superior pois este tem o poder de realizar a sua vontade face aos seus subordinados que se encontram sujeitos a um dever de obediência.

Como veremos, apesar dos contornos exclusivos da disciplina militar e da importância assumida no seio das Forças Armadas, o legislador e em especial os comandos militares não se podem demitir de procederem à harmonização desse valor tendo em conta a evolução registada no plano legislativo geral, particularmente no que diz respeito ao exercício dos meios de impugnação no âmbito de procedimentos disciplinares.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DISCIPLINAR PORTUGUÊS

1.1. Evolução da Justiça Militar

Quando olhamos para a definição de direito disciplinar, aludimos ao conjunto de regras estipuladas por uma qualquer sociedade devidamente organizada e que tende a elevar os deveres jurídicos e a impor padrões de conduta tidos por cruciais para o

¹⁰¹PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, 1992, págs. 303 e segs.

¹⁰²CHARLES DEBBASH e FRÉDÉRIC COLIN, *Droit Administratif*, 7.^a Edição, Ed. Economica, Paris, 2004, pág. 46.

¹⁰³Idem, op. cit., pág. 71.

adequado funcionamento dos seus serviços, além de auxiliar na prossecução das suas atribuições ou finalidades.

Num plano inicial o direito disciplinar vocacionava-se para o estabelecimento de regras de conduta, sob pena do superior hierárquico perante uma infração cometida pelo seu funcionário exercer o seu poder sancionatório. Por outro lado a génese do poder disciplinar consubstancia a possibilidade de interferir ou definir *autoritariamente a conduta alheia*¹⁰⁴, de produzir uma alteração na esfera jurídica de outrem independentemente da respetiva vontade e de uma correspondente contrapartida¹⁰⁵.

Transpondo a definição *supra* exposta para a realidade das Forças Armadas, os aspetos envolvidos no dever militar e na sanção disciplinar militar acabam por não assumir por si só natureza organizativa, como é o caso da harmonia e desempenho no serviço, prosseguindo outros objetivos como a tutela da imagem, prestígio e dignidade da função militar¹⁰⁶.

Observando os antecedentes históricos do conceito, julga-se que os resquícios das normas de justiça e da disciplina militar terão surgido no reinado de D. Dinis entre o século XII e XIII, época em que surge o primeiro Regimento da Milícia, que a par da orgânica e das técnicas militares, se estabelecem detalhes sobre a Justiça Militar¹⁰⁷.

Dos séculos XV e XVI e em plena época de descobrimentos às Américas, África e China, assumiu relevo em matéria de justiça militar o Regimento do Almirante, no qual os reis de Portugal concediam ao Almirante larga autonomia quanto à aplicação das normas de direito militar.

De destacar o critério do foro material que vigorou de 1763 a 1875 e que viria a generalizar-se pela Europa, sendo consagrado pelo direito napoleónico, segundo o qual

¹⁰⁴ FAUSTO QUADROS, *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa*, Centro de Estudos Fiscais da Direcção Geral das Contribuições e Impostos, 1974, pág. 195 e 196.

¹⁰⁵ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição, Coimbra, 1986, pág. 170.

¹⁰⁶ VITOR M. GIL PRATA, *A Justiça Militar e a Defesa Nacional*, Ed. Coisas de Ler, 2012, pág. 54.

¹⁰⁷ Texto opinião impresso na Revista da Armada, de março de 2000.

a jurisdição castrense só imperava em relação aos crimes específicos da disciplina militar. Entretanto, o CJM de 1875, que operou a substituição do foro material pelo critério da jurisdição militar, congregava todos os militares só pelo facto de o serem, fosse qual fosse a natureza do crime cometido, transitando assim para o foro pessoal.

Este critério permaneceu aplicável até à entrada em vigência do CJM de 1977, que em função da sua obediência à CRP, entretanto promulgada em 1976, implicou o retorno da jurisdição militar ao plano do foro material. Com esta mudança os militares passaram a ser julgados nos tribunais militares apenas na eventualidade de terem cometido um crime essencialmente militar, caso contrário seriam os tribunais ordinários a pronunciarem-se perante o cometimento de crimes de natureza comum em plano de igualdade com qualquer outro cidadão.

No que concerne ao direito disciplinar propriamente dito, foram dados os primeiros passos na definição de um Regulamento Disciplinar para o Exército ainda na vigência dos Artigos de Guerra do Regulamento do Conde de Lippe (segunda metade séc. XIX), vindo aquele Regulamento a ser aprovado em 20 de setembro de 1856.

Porém, o direito de queixa e o direito de reclamação enquanto garantias administrativas no âmbito do procedimento disciplinar militar apenas surgiram no Regulamento Disciplinar do Exército, criado através do decreto de 02 de maio de 1913¹⁰⁸, *i.e.*, no período subsequente à implantação da República, sendo igualmente instituídos os Concelhos Superiores de Disciplina onde se podia apreciar a honorabilidade e capacidade de comando ou conduta dos Oficiais das Forças Armadas¹⁰⁹.

Apesar da evolução registada na Justiça Militar, a rigidez que caracterizava a relação entre o comando militar e as patentes inferiores continuava a dificultar a

¹⁰⁸ Atente-se que o primeiro Regulamento de Disciplina Militar foi aprovado pelo decreto n.º 16/963, de 15 de junho de 1929, tendo vigorado até 1977, tendo atravessado todo o período do Estado Novo, não obstante a sua redação tenha sofrido alguns ajustes.

¹⁰⁹ G. ESPÍRITO SANTO, *A disciplina e a sua regulamentação*, in Revista Militar n.º 2391, 2011, pág. 269.

adequada tutela dos militares sujeitos a procedimentos disciplinares, dando azo a arbitrariedades e a fundadas dúvidas acerca da efetividade da disciplina militar.

Com o evoluir do séc. XX o direito disciplinar veio a conferir importância crescente aos aspetos procedimentais e às garantias de defesa¹¹⁰. Surge assim uma clara tendência de reforço das garantias materiais constantes na estrutura do procedimento disciplinar militar, que se manifestou primeiramente pela exigência de se ouvir o infrator sobre a falta disciplinar, e depois pela introdução do processo escrito logo seguida da possibilidade do arguido poder fazer intervir um defensor e em ver realizadas as diligências de defesa que requeresse.

Ao mesmo tempo, foram ampliados os poderes de controlo por órgão independente e imparcial da aplicação da sanção disciplinar. Exemplo disso mesmo, o TC pronunciou-se através do Acórdão n.º 207/2002, de 21 de maio, ajuizando que o recurso contencioso garantido pelo n.º 4 do artigo 268.º da CRP *abrange toda a averiguação e controlo da prova quanto à existência das faltas disciplinares imputadas, e até mesmo o controle jurisdicional da gravidade da pena aplicada, em termos de proporcionalidade, justiça e imparcialidade*.

Em todo o caso e recordando ainda o RDM de 1929, que prolongou a sua vigência até 1977, período em que foi aprovado um novo RDM pelo Conselho da Revolução, através do Decreto-Lei n.º 142/77, de 09 de abril, apesar de ter consagrado garantias de defesa para os militares, concretamente no seu *Capítulo VII – Reclamações, recursos e queixas*, a verdade é que todas as penas disciplinares previstas no regulamento tinham efeito direto no que diz respeito ao seu momento de aplicação¹¹¹.

O efeito útil do recurso aos meios de impugnação administrativa pelos militares era ainda assim bastante incipiente, essencialmente devido à total ausência do efeito

¹¹⁰ Opinião expressa pelo Juiz Conselheiro J. ROSENDO DIAS, Vice-presidente do Supremo Tribunal Administrativo, em *Evolução e Tendências atuais do Direito Disciplinar*, Palestra proferida no Seminário subordinada ao tema *O Exército e a Justiça Disciplinar*, em 06 de maio de 2009, na Academia Militar de Lisboa.

¹¹¹ Cfr. artigo 138.º. Note-se que caso não fosse por alguma razão possível, o cumprimento de uma pena disciplinar em momento imediatamente subsequente ao da sua aplicação, mencionar-se-ia a tinta vermelha aquando da redação do castigo aplicado (N.º 11.º da regra 17.ª das I. R. R. M., de 1941).

suspensivo, facto que gerou dúvidas em torno da validade dos procedimentos disciplinares instaurados nesse hiato temporal.

Acresce referir que não raros foram os casos de aplicação ilegal de sanções disciplinares, que além de originarem a plena produção de efeitos jurídicos, conformaram-se na esfera jurídica dos arguidos sem que estes por manifesta falta de interesse prático tenham decidido *a posteriori* fazer uso dos meios tutelares de defesa.

Entretanto o RDM de 1977, alvo de alterações pelo Decreto-Lei n.º 434-I/82, de 29 de outubro, procurou adaptar o anterior RDM (cujos traços essenciais remontavam a 1913) à CRP de 1976, muito embora tenha ficado aquém do que se esperava, em especial no que respeita à tutela judicial efetiva dos militares objeto de procedimento disciplinar¹¹².

Uma das críticas mais vorazes apontava para a falta de tipicidade das infrações passíveis de dar azo a responsabilidade disciplinar, gerando inclusivamente dúvidas em torno da constitucionalidade das suas normas, tratando-se de matéria de natureza sancionatória¹¹³.

A ausência de efeito suspensivo dos meios de impugnação administrativa refletia as dificuldades do direito militar em atribuir validade aos procedimentos disciplinares e perante o qual o RDM de 1977 nunca conseguiu responder com a firmeza necessária, não obstante tenha sido revisto¹¹⁴ e vigorado por mais de três décadas. O efeito meramente devolutivo dos meios de impugnação permaneceu assim intacto em todos os procedimentos disciplinares, com resultados negativos em termos de utilidade e de validade jurídica.

Foi então reconhecido pela comunidade militar e pelo poder legislativo, a urgência em se adaptar e harmonizar o direito disciplinar militar à evolução social

¹¹²ALEXANDRA LEITÃO, *A Administração Militar*, in *O direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas*, IDN, 2000, pág. 488.

¹¹³Idem, ob. Cit., pág. 489.

¹¹⁴*In casu* através do Decreto-Lei n.º 434-I/82, de 29 de outubro, que procedeu a alterações ao artigo 155.º do RDM.

entretanto registada, dando origem a um novo RDM, aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de julho.

Com o novo regime o direito disciplinar castrense apresentou uma clara mudança de paradigma, inclusivamente em matéria de tutela de defesa de direitos dos militares¹¹⁵. Do novo regime disciplinar releva-se a enumeração e tipificação dos deveres militares, a dilatação de prazos processuais e a consagração, por fim, do carácter facultativo da reclamação e o efeito suspensivo da execução de pena disciplinar para efeitos de interposição de recurso hierárquico.

Todavia ao insistir na manutenção do recurso hierárquico necessário das penas disciplinares, que à semelhança do que temos vindo a defender e além dos argumentos complementares que a breve trecho serão indicados, atenta contra diversos princípios constitucionais, como o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o princípio da efetividade da tutela¹¹⁶, ambos previstos no n.º 4 do artigo 268.º da CRP.

A ultimar não será desprezível mencionar que o RDM de 2009 tendo sido aprovado por intermédio de lei orgânica, adquiriu força jurídica superior face aos diplomas que lhe precedem, *in casu* aprovados por Decretos-Lei. Nesse sentido mais complexa se revela ainda a análise dos seus possíveis constrangimentos quando comparado com as disposições previstas no direito administrativo geral¹¹⁷.

¹¹⁵Senão veja-se, o expresso no artigo 21.º que determina que o militar, em processo disciplinar, goza de todas as garantias de defesa, sendo sempre garantido o direito de nomear representante. Por outras palavras podemos dizer que o militar em processo disciplinar em que seja arguido, tem direito à audiência, defesa, reclamação e recurso hierárquico e contencioso, podendo nomear um seu representante, normalmente advogado. No mesmo sentido o artigo 94.º consigna o direito de audiência do arguido, o direito ao silêncio, o direito a requerer a realização de diligências probatórias, etc., e no artigo 99.º e 77.º, respetivamente, consagra o direito do arguido a apresentar defesa escrita perante acusação formal que lhe seja notificada, e o direito à constituição de defensor, podendo este ser advogado ou oficial das Forças Armadas.

¹¹⁶Este no que concerne às penas disciplinares da repreensão e da repressão agravada, respetivamente previstas nos artigos 31.º e 32.º do RDM.

¹¹⁷Recorde-se que o CPA, contrariamente ao RDM de 2009, e à luz do preceituado no n.º 3 do artigo 112.º da CRP, carece de valor reforçado

1.2. Integração no âmbito do Direito Administrativo Especial

A exemplo do que sucede com outros ramos do direito administrativo especial, o direito militar carece do apoio e consolidação das disposições presentes no direito administrativo para reger as relações jurídicas estabelecidas entre as instituições e os militares que compõem a Administração Militar, bem como a relação desta com a própria Administração Pública.

Desde logo e atendendo à sistematização do artigo 270.º da CRP, a matéria de restrição ao exercício de direitos dos militares e militarizados dos quadros permanentes, integra-se no título IX referente à Administração Pública, no qual o legislador constituinte manifestou uma clara intenção de balizar os militares dos quadros permanentes no cerne da própria Administração Pública, em sentido amplo¹¹⁸..

O facto de esse preceito ter surgido logo após a norma relativa ao regime da função pública é um claro sinal da importância que o direito administrativo assume no âmbito do direito militar, nomeadamente no tocante ao seu estatuto pessoal e concomitantemente ao regime disciplinar¹¹⁹. O próprio vínculo de emprego público dos militares encontra-se previsto na LTFP, cujo artigo 8.º prevê a aplicação deste diploma aos militares das Forças Armadas, com as necessárias adaptações impostas pelas suas normas estatutárias.

A respeito da integração do conceito no âmbito do direito administrativo especial, incumbe à administração militar reger a organização das Forças Armadas, fixar o regime jurídico da Defesa Nacional e os deveres e encargos impostos por razões de Defesa Nacional aos cidadãos, e em geral criar as regras próprias das instituições

¹¹⁸GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA in *Constituição da República Portuguesa – anotada*, 1993, pág. 165, entendem que os militares e agentes militarizados não gozam de qualquer estatuto especial, e que as relações de serviço militar não se diferenciam, no tocante a direitos e deveres, relativamente ao que sucede nas relações de serviço do funcionalismo público, com o único senão em matéria de restrição de direitos, em função da natureza das funções que exercem.

¹¹⁹A respeito deste ponto, cfr. PAULO OTERO, *Os militares e o direito de manifestação*, in Estudos jurídicos de homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 2006, págs. 599 a 623.

militares, materializando-se em diversos normativos como é o do EMFAR e com interesse para a presente análise, o RDM¹²⁰.

Em todo o caso o grau de exigência das missões afetas à Defesa Nacional¹²¹ associado ao elevado sentido de disciplina, hierarquia e coesão, devidamente emparelhado com a rigidez organizativa e cerimonial que caracteriza as Forças Armadas, cedo fez distanciar a Administração Militar das regras e procedimentos próprios da Administração Pública.

Encontra-se ainda bastante enraizada a ideia do militar enquanto soldado, a quem incumbe a defesa da pátria mesmo que tal implique o sacrifício da própria vida¹²², justificando-se por essa via a existência de um regime disciplinar diametralmente distinto do que é aplicável aos restantes cidadãos, para além das normas estatutárias que lhes são especificamente aplicáveis.

Desse modo o direito disciplinar dos militares acaba por divergir do regime aplicável aos trabalhadores que exercem funções públicas, e isso resulta quer ao nível das medidas preventivas e das sanções, como ao nível das regras procedimentais. A título exemplificativo recorde-se que os militares das Forças Armadas são os únicos cidadãos que podem ser privados da liberdade, em virtude de uma pena aplicada por uma decisão não jurisdicional.

Não obstante a especialidade do direito militar, a evolução ocorrida no ordenamento jurídico-administrativo tem vindo a esbater as diferenças entre a Administração Pública e a Administração Militar, como demonstram as recentes

¹²⁰A este título FREITAS DO AMARAL faz acrescer a LDN e a LSM, in *Curso de Direito Administrativo*, pág. 165. Todavia, o direito administrativo militar comporta atualmente uma vasta coletânea de legislação, designadamente a LOBOFA e o RCHM, além dos diplomas específicos de cada ramo militar.

¹²¹Ex vi artigo 275.º da CRP.

¹²²Cfr. n.º 1 do artigo 275.º da CRP e ainda a alínea b) do artigo 2.º da Lei n.º 11/89, de 1 de junho, que inclui como características da condição militar a *permanente disponibilidade para lutar em defesa da pátria se necessário com o sacrifício da própria vida*.

reformas impostas pelo novo EMFAR¹²³, que oneram o legislador e as patentes militares a adaptarem a ideia tradicional das Forças Armadas a esta nova realidade.

Em justa medida a extinção dos tribunais militares¹²⁴ já terá contribuído para dar corpo a essa ideia, tendo o julgamento em matéria penal militar sido transferido para a égide dos tribunais judiciais¹²⁵. Desde então mais reformas se seguiram no sentido de acompanhar e adaptar a evolução política, social e constitucional à realidade das Forças Armadas. Exemplo disso mesmo constitui a recente reforma do CPA, cujo diploma vincula os militares a título subsidiário¹²⁶.

O conceito de militar surge nos dias de hoje intimamente ligado à ideia de funcionário público, como sucede por exemplo no direito espanhol¹²⁷, onde as funções militares são reconhecidas pela existência de um serviço público subordinado a um bem comum e do qual a sociedade beneficia no seu conjunto tendo por objeto a defesa da soberania e independência, conforme prevê a própria Constituição. Nessa esteira, as particularidades das funções militares obrigam a um tratamento especial pelos seus servidores, concretizado na existência de regulamentação própria¹²⁸.

Recordando a tese administrativa defendida por VON UNRUH¹²⁹ no âmbito do Estado Social de Direito, note-se que os membros das Forças Armadas encontram-se vinculados à Constituição em virtude do princípio democrático e do dever de obediência, pelo que se situam sob a égide do poder de disposição dos órgãos

¹²³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 90/2015, de 29 de maio, que revoga o EMFAR precedente, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 236/1999, de 25 de julho.

¹²⁴ A Lei n.º 100/2003 de 15 de novembro aprovou o novo Código de Justiça Militar (CJM), e apenas prevê a existência de tribunais militares *durante a vigência do estado de guerra*.

¹²⁵ A organização dos processos militares pelas respetivas seções e varas foi regulada pelo Decreto-Lei n.º 219/2004 de 26 de outubro.

¹²⁶ O RDM no seu artigo 10.º esclarece que *Em tudo o que não estiver previsto no presente Regulamento são subsidiariamente aplicáveis, com as devidas adaptações e pela ordem seguinte, os princípios gerais do direito penal, a legislação processual penal e o Código do Procedimento Administrativo*.

¹²⁷ PEDRO T. NEVADO MORENO in *La función pública militar*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A, Madrid, 1997, pág. 323.

¹²⁸ CASAUX RODRIGUEZ, E.: en su artículo «Aproximación al concepto de Función Militar», *Revista de Aeronáutica Y Astronáutica*, 1987, pág. 881 e 882.

¹²⁹ GEORG-CHRISTOPH VON UNRUH, *Führung und Organization der Streitkräfte in demokratisch-parlamentarischen Staat*, in *VVDStRL*, volumen 26, 1968, págs. 157 a 206, obra citada por FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, *La Caracterización Jurídica de Las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pág. 264.

legitimados pelo próprio texto constitucional, de maneira a que os *portadores das armas* já não podem ser qualificados como *senhores das armas*.

Num outro quadrante de relevar uma tese moderada apresentada por WINKLER¹³⁰, que considera que o exército cumpre essencialmente duas atividades: uma atividade administrativa em sentido estrito, que se manifesta externamente numa pluralidade de atos impugnáveis da mesma forma que sucede nas restantes funções administrativas, e também uma atividade especificamente militar que consiste na preparação e formação da tropa durante a paz e na intervenção bélica durante a guerra.

Encontra-se todavia assente que as Forças Armadas têm vindo a perder influência junto da opinião pública desde o término do serviço militar obrigatório (SMO), ocorrido em 2004. De resto a perceção dos militares pela sociedade tem apresentado variações ao longo dos tempos, constituindo hoje um facto insofismável o alheamento dos cidadãos pelas questões que envolvam a defesa nacional, os quais não reconhecem *grosso modo* o contributo da instituição militar para a estabilidade da sociedade, chegando a revelar desconhecimento acerca do seu verdadeiro papel¹³¹.

A aproximação entre o direito castrense e o direito público vem colocar assim em debate a questão sobre se as regras e procedimentos inerentes ao direito administrativo geral não poderá ser aplicado com maior abrangência aos militares, sem prejuízo das normas especiais que já lhes são aplicáveis.

As mais recentes alterações legislativas registadas em sede de direito administrativo militar, têm já vindo a demonstrar uma clara aproximação dos preceitos inveterados do direito administrativo em sentido estrito. Nessa senda a disciplina não passa imaculada, como revela a atenção dada pelo legislador aquando da aprovação do

¹³⁰GUNTHER WINKLER, in VVDSTRL, volumen 26, 1968, pág. 294 a 296, obr. citada por FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, idem, pág. 271.

¹³¹Resulta de uma investigação plasmada por MARIA DA SAUDADE BALTAZAR in *As Forças Armadas Portuguesas – Desafios numa Sociedade em Mudança*, ed. Caleidoscópio, 2005, pág. 480.

RDM em 2009, ao estipular um conjunto de garantias administrativas e contenciosas¹³² com traços análogos às garantias que atualmente são dadas aos particulares¹³³.

2. REGIMES DISCIPLINARES EM SISTEMAS COMPARADOS

Em sede de direito comparado, enfatizaremos alguns dos aspetos que auxiliam na caracterização genérica do regime disciplinar militar português, com especial enfoque por razões óbvias para os meios de tutela ao dispor dos militares, ciente de que tal contribuirá para se perceber o sentido e alcance da problemática em estudo.

Serão ainda alvo da nossa atenção outros temas como a conceção da disciplina militar, o princípio da hierarquia funcional e ainda a tipologia de sanções militares aplicáveis, na firme convicção de que tal simplificará a nossa abordagem ao RDM português e permitirá formular conclusões sobre o atual estado do regime disciplinar vigente em Portugal, bem como o cenário que se antevê para o futuro do setor.

2.1. Regime disciplinar militar francês

O cognominado RDM francês foi implementado por intermédio do Decreto n.º 75 675, de 28 de julho de 1975, que por essa via deu corpo ao *Réglement de Discipline Générale dans Les Armées*.

Examinando a sua estrutura este diploma compreende no seu artigo 1.º o conceito de *disciplina militar*, que contrariamente ao observado no RDM português nos seus artigos 2.º a 4.º acaba por não definir de forma clara e consistente o seu verdadeiro propósito. Desde logo porque se refere à Defesa Nacional como sendo uma obrigação comum a todos os cidadãos, os quais devem participar ativamente no âmbito do serviço

¹³²Veja-se o teor do artigo 5.º da Lei n.º 11/89, de 1 de julho, ao abrigo do qual em processo disciplinar são garantidos aos militares os direitos de audiência, defesa, reclamação e recurso hierárquico e contencioso, sendo sempre garantido, em caso de processo escrito, o patrocínio.

¹³³A este respeito debruça-se PAULO OTERO, in *As garantias impugnatórias dos Particulares no Código de Procedimento Administrativo*, Scientia Iuridica, col. CLI, n.º 235-237.

das forças armadas, e que a missão destas é assegurar a defesa da nação através do uso da força bélica.

Aos militares envolvidos no âmbito da atividade operacional, é-lhes imposto o respeito por um conjunto de regras específicas decorrentes do grau de disponibilidade que lhes é exigido, e que em justa medida acabam por constituir a própria disciplina militar, sustentada no princípio da obediência às ordens emanadas pelos seus superiores.

Ao nível organizacional e em termos de hierarquia desempenha um papel primordial, na medida em que os postos militares e dentro destes de acordo com a regra da antiguidade¹³⁴ acabam por corresponder ao grau de responsabilidade que é exigido indiscriminadamente a cada militar. Já o poder de autoridade encontra-se intimamente ligada à função exercida, pelo que todo os militares que exerçam ainda que de forma temporária ou interina determinadas funções vêem-se investidos da correspondente autoridade¹³⁵.

De relevar ainda que o RDM francês comporta um regime de atribuição de recompensas bem como um rol de penas disciplinares¹³⁶, ambos aplicáveis em função da categoria hierárquica do infrator. Para as categorias de oficial e sargento, as penas vão desde a mera advertência (falta sem gravidade), repreensão (falta quase grave), detenção (falta grave ou muito grave) até à *blâme* que equivale à pena de censura (falta grave ou muito grave). Por outro lado à categoria de praças pode ser aplicada a pena de advertência, privação de saída¹³⁷ e ainda a prisão disciplinar.

Relativamente aos meios de defesa ao dispor dos militares encontra-se consagrado o direito de recurso hierárquico, que em última instância pode subir até à consideração do Ministro da Defesa, assistindo concomitantemente ao infrator a possibilidade de interpor recurso contencioso¹³⁸. A este título atente-se para o facto de o

¹³⁴Cfr. artigo 2.º do Decreto n.º 75 675, de 28 de julho de 1975.

¹³⁵Cfr. artigo 3.º do Decreto n.º 75 675, de 28 de julho de 1975.

¹³⁶Respetivamente, artigos 26.º e 31.º n.º 1, ambos do Decreto n.º 75 675, de 28 de julho de 1975.

¹³⁷Consustancia-se na impossibilidade do militar regressar à sua residência habitual por um período que vai desde uma manhã, tarde ou noite.

¹³⁸Cfr. artigo 13.º do Decreto n.º 75 675, de 28 de julho de 1975.

recurso ter efeito meramente devolutivo, *i.e.*, ainda que os infratores façam uso desse direito, não se encontram dispensados de se conformarem com a prévia execução do ato administrativo sancionatório.¹³⁹

2.2. Regime disciplinar militar espanhol

No ordenamento jurídico-castrense espanhol registou-se uma mudança de paradigma, com o intuito de o harmonizar com os princípios fixados pela Constituição instituída em 1978. Realce para o facto de terem sido colhidas influências da CRP que tinha acabado de ser instituída no nosso ordenamento jurídico, ainda que as grandes mudanças se tenham operado na pós-revolução de 25 de abril de 1974¹⁴⁰.

Por força dessas mutações, foi edificada a *regra moral* ao abrigo da qual a instituição militar define as obrigações e os deveres dos seus membros, pugnando pelo cumprimento do dever, da honra e da disciplina. Nesse sentido foi promulgada a *Ley 85/1978, de 28 de diciembre*, normativo que aprovou as *Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*¹⁴¹, através do qual surgiu o princípio que o convencimento e não o castigo representa a base da disciplina militar.

A administração militar quando instada a se pronunciar sobre essas inovações legislativas, aludiu para as especificidades da disciplina militar e esclareceu que a própria CRP reconhece que a condição militar implica a restrição de alguns direitos e liberdades. Com efeito o legislador encontra-se condicionado a garantir, por um lado o equilíbrio entre a proteção da disciplina militar e o funcionamento da instituição militar, e num outro quadrante a protelar as garantias dos militares constitucionalmente consagradas¹⁴².

¹³⁹Cfr. n.º 7 do artigo 13.º do Decreto n.º 75 675, de 28 de julho de 1975.

¹⁴⁰Cfr. JOAQUÍN LOPÉZ DE GEA, *El Estatuto Jurídico de las Fuerzas Armadas*, obra publicada na Revista de Derecho UNED, n.º 12, 2013, pág. 394.

¹⁴¹Revista pela Ley n.º 39/2007 e pelo Real Decreto 96/2009, de 6 de fevereiro.

¹⁴²PEDRO A. BLANCO ESCUDERO, in *La Justicia de Fin de Siglo, Revista de Las Armas y de los Servicios*, diciembre de 1999, Año LX, n.º 706, págs. 26 e 27.

Para atender a essas necessidades foi então aprovada a *Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre*, que fixou o regime disciplinar militar do ordenamento jurídico-castrense espanhol. Além do estrito respeito pelo texto constitucional, o regime em questão prevê o cumprimento das ordens e da hierarquia militar bem como outras regras que regem a instituição militar.

Contrariamente ao modelo instituído pelo regime disciplinar espanhol precedente, o atual regulamento disciplinar passou a abarcar os alunos militares em formação, da mesma forma em que deixou de sancionar as faltas dadas pelos alunos como *infrações de caráter meramente académico*. Não obstante foram preservadas as sanções disciplinares previamente existentes, mas no caso da prisão por falta grave reduziu-se a sanção máxima de três a dois meses a cumprir em estabelecimento disciplinar militar¹⁴³.

Ainda em termos estatutários, a doutrina espanhola majoritária defende a conceção administrativa das Forças Armadas¹⁴⁴, as quais devem ser entendidas como administração e não como uma instituição, ao contrário do que sucede na esmagadora maioria dos ordenamentos jurídico-castrenses europeus. De resto parece ser essa a conceção adotada pela constituição espanhola de 1978, que no seu artigo 97.º refere que compete ao governo dirigir a política interna e externa, a administração civil e militar e a efetuar a defesa do Estado¹⁴⁵.

No respeitante aos meios de impugnação, apenas os interessados possuem legitimidade para interpor recurso¹⁴⁶. Acresce referir que todas as sanções disciplinares

¹⁴³Foram ainda mantidas as sanções disciplinares extraordinárias, que são da competência do Ministro da Defesa, sendo contudo ampliado o seu âmbito de aplicação, surgindo com caráter *inovatório as actuaciones que afetem a liberdade sexual de inferiores ou iguais, do mesmo ou de sexo distinto*.

¹⁴⁴Ex vi JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO, *Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española*, in Revista Española de Derecho Militar n.º 77, Madrid, Ministério de Defesa (Secretaría General Técnica), 2001, pág. 448 e ainda FERNANDO LOPEZ RAMÓN, *Principios de Ordenación Constitucional de las Fuerzas Armadas*, in Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo III, Madrid, Civitas, 1991, pág. 2568.

¹⁴⁵Tradução livre do autor.

¹⁴⁶Entendimento que se afasta do âmbito mais alargado caracterizante do estatuto de interessado, legalmente previsto no artigo 31.º da *Ley de las administraciones Públicas e Procedimiento Administrativo Común*, que contempla além dos titulares de direito legítimos individuais ou coletivos como os que tenham direitos ou interesses legítimos que possam ser afetados, ainda antes de haver uma decisão definitiva.

são passíveis de recurso para os respetivos superiores hierárquicos. Porém as sanções dotadas de maior gravidade são recorríveis para o Ministro da Defesa.

A tutela jurisdicional por seu turno é exercida pelos tribunais militares, tendo neste âmbito sido fixada uma dualidade de recursos: o ordinário para as sanções por falta grave e sanções extraordinárias e o sumário com o objetivo de garantir o respeito pelos direitos fundamentais na imposição de sanções por falta leve.

Por fim de referir que o recurso jurisdicional poderá ter efeito suspensivo sobre o ato punitivo e consequentemente no cumprimento da pena¹⁴⁷, mas unicamente perante sanções extraordinárias por estas assumirem uma natureza mais gravosa quando comparadas com as restantes penas disciplinares.

2.3. Regime disciplinar militar alemão

De acordo com o Gesetz über die Rechtstellung der Soldaten (Soldatengesetz), de 19 de agosto de 1975¹⁴⁸, os militares têm os mesmos direitos que qualquer outro cidadão, o que confere ao conceito de condição militar um valor um tanto ou quanto neutral, quando comparado v.g. com a definição prevista no RDM português¹⁴⁹.

O Wehrdisziplinarordnung compreende dois tipos de penas disciplinares, as de natureza simples e as de carácter judicial¹⁵⁰. A primeira tipologia desdobra-se na advertência verbal e advertência escrita, multa, limitação de saída e prisão disciplinar. Já as de carácter judicial comportam a multa grave, redução do vencimento, proibição de

¹⁴⁷Cfr. artigo 81.º da *Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre*.

¹⁴⁸Entretanto revisto cfr. *Bundesgesetzblatt I* - de 1 de setembro de 2009.

¹⁴⁹Veja-se a título exemplificativo que o estatuto de igualdade também se reflete ao nível do cumprimento das penas, relevando-se inexistirem instalações prisionais exclusivamente para militares. Quando efetivamente condenados, as penas são cumpridas em prisões civis.

¹⁵⁰Respetivamente, *vide* artigo 22.º a 26 e artigo 58.º ambas as disposições previstas no Wehrdisziplinarordnung.

promoção, despromoção de posto ou de serviço e ainda a redução de pensão nos casos dos militares na situação de reserva ou reforma¹⁵¹.

De relevar ainda que as penas disciplinares de natureza judicial apenas são aplicadas por intermédio de um tribunal militar, formado em 1ª instância por um juiz civil e dois juízes honorários (militares nomeados para este cargo pelo prazo de um ano), e preveem a redução de vencimentos, proibição de promoção, inatividade, separação de serviço, redução e/ou eventual perda de pensão de reforma.

Sobre estas penas encontra-se garantida a possibilidade de recurso para o Tribunal Administrativo Federal, que é composto por três juízes civis e dois juízes militares honorários, que são nomeados nos mesmos moldes que os que compõem o tribunal de 1ª instância.

Ainda em sede de garantias impugnatórias, atente-se que os militares infratores beneficiam de um código de procedimento de reclamações e recursos do direito militar, tradução do cognominado *Wehrbeschwerdeordnung*, que estipula um conjunto de disposições que regulam a impugnação de sanções militares. De notar ainda que o efeito suspensivo apenas se verifica nas penas mais gravosas. Neste âmbito o Tribunal Administrativo Federal acaba por sobressair, em particular por representar a última instância de recurso no círculo jurisdicional.

2.4. Regime disciplinar militar italiano

O *Manuale di Disciplina Militare* instituído pelo Estado-Maior das forças armadas italianas, engloba as normas disciplinares que abarcam as *Norme di principio sulla disciplina militare*¹⁵², o *Regulamento di disciplina militar*, e ainda as disposições emanadas pelo Ministro da Defesa.

¹⁵¹Atente-se que a pena de multa não pode resultar num valor que exceda o total de vencimentos que o militar auferir mensalmente, uma vez que se considera que com a sua aplicação não pode ser prejudicado o agregado familiar do militar punido.

¹⁵²Conclusas pela Lei n.º 382/78, de 11 de julho.

De acordo com o exposto na lei n.º 382/78, de 11 de julho, as Forças Armadas encontram-se ao serviço da República, do mesmo modo que o seu ordenamento jurídico e atividade operacional têm em vista prosseguir os princípios constitucionais. Pese embora vigore no texto constitucional o princípio da igualdade, aos militares são impostas limitações no que concerne ao gozo dos alguns direitos e liberdades para a adequada prossecução das missões de que estão incumbidos. Ademais, o artigo 1.º do *Regolamento di disciplina militar* consagra o cumprimento de deveres de natureza particular que decorrem da própria constituição.

Para o ordenamento jurídico-castrense italiano, a disciplina militar surge associada aos deveres dos militares provenientes do grau de empenhamento a que se encontram sujeitos, como sucede a título exemplificativo com o uso da força para a defesa militar da pátria e da honra das suas instituições e leis nacionais.

Além das recompensas, no regime disciplinar italiano constam sanções que se estabelecem em função de determinados critérios, em especial em função do posto ou categoria do militar. As *sanzioni disciplinari di corpo*, cuja aplicação se verifica sobre o posto de soldado, compreendem a repreensão verbal, repreensão escrita, privação de saída por um período máximo de 7 dias, e privação rigorosa de saída, no máximo de 15 dias, conforme previsão do artigo 14.º do citado regulamento disciplinar. Relativamente aos oficiais e sargentos dos quadros permanentes são aplicáveis as *sanzione disciplinari di stato*, corporizadas nas penas de inatividade e de despromoção.

Quanto aos meios de defesa ao dispor dos militares italianos, impõe-se o prévio esgotamento de todas as vias de recurso administrativas enquanto meio de garantia para se alcançar a via contenciosa¹⁵³. O recurso ordinário é feito para os tribunais militares, existindo ainda a possibilidade de recorrer-se para o Presidente da República Italiana, já em sede de recurso extraordinário.

Compulsada a organização judiciária italiana, vislumbra-se os tribunais militares de 1ª instância, o tribunal militar de recurso, o tribunal militar de execução de

¹⁵³Cfr. artigo 16.º da *Norme di principio sulla disciplina militare*.

penas e o Tribunal de Cassação que também possui competências para efeitos de análise de recursos contenciosos. Ao Presidente da República Italiana, recorde-se, apenas compete o último grau de jurisdição no âmbito de recurso extraordinário sobre penas disciplinares, competindo aos tribunais militares e aos tribunais de recurso ampla competência para analisar os recursos contenciosos.

CAPÍTULO III

O REGIME JURÍDICO DA DISCIPLINA MILITAR EM PORTUGAL

1. O REGULAMENTO DE DISCIPLINA MILITAR DE 2009

1.1. Generalidades

Fazendo uso da faculdade conferida pela alínea c) do artigo 161.º da CRP, a Assembleia da República aprovou a Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de julho, procedendo à revogação expressa do Decreto-Lei n.º 142/77, de 09 de abril, ao abrigo do qual vigorou o anterior regulamento de disciplina militar, por um período que se estendeu por mais de três décadas.

Este ainda recente regime disciplinar, acaba por se aproximar em diversos pontos das regras que são aplicáveis a um qualquer funcionário público quando envolvido no âmbito de um procedimento disciplinar. Essa é uma conclusão visível não só ao nível da ampliação das regras procedimentais, mas também em matéria de garantias de defesa ao dispor dos militares que tenham sido constituídos arguidos em processo disciplinar.

Desde logo há a destacar a segmentação dos deveres militares em deveres gerais e especiais, bem como a substancial revisão dos conteúdos dos deveres militares no sentido da sua atualização e concretização objetiva. A esse título parece-nos que o atual RDM denota uma melhor sistematização dos deveres dos militares e uma superior

enunciação exemplificativa de condutas passíveis de sancionamento¹⁵⁴, ainda que possam subsistir alguns conceitos vagos e indeterminados.

Desse modo definem-se como deveres especiais os de obediência e de autoridade que correspondem ao valor da hierarquia, os de disponibilidade, de zelo, responsabilidade, isenção política e aprumo decorrentes do valor da missão, de tutela, de lealdade e de camaradagem. Para respeitar o valor da coesão e da segurança constam os deveres de sigilo e de honestidade, e por fim o dever de correção para salvaguarda dos valores da missão e da disciplina em sentido estrito¹⁵⁵.

Este novo regime disciplinar militar mantendo alguns dos traços caracterizantes do direito penal¹⁵⁶, apresenta disparidades relevantes ao nível dos fins prosseguidos e em particular no campo da discricionariedade, quer na forma de identificação da infração disciplinar como na decisão acerca do modo e possibilidade de punição.

De relevar ainda a supressão do preceito importado do artigo 271.º da CRP que aludia para o *direito da respeitosa representação*¹⁵⁷, através do qual era dirimido o conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da hierarquia. Apesar de este ser um instituto que vigorava na disciplina militar desde o Regulamento de Conde de Lippe, a sua eliminação deu azo a fundadas dúvidas acerca da proeminência de situações que reflitam abuso de autoridade.

Esta alteração pelo impacto que gerou na instituição militar deve merecer reflexão por parte do legislador, não só para evitar o uso desmedido do poder discricionário mas principalmente para não colocar o subordinado na situação de ter de

¹⁵⁴Partilhamos assim da opinião revelada por VITOR M. GIL PRATA, *A Justiça Militar e a Defesa Nacional*, Ed. Coisas de Ler, 2012, pág. 95.

¹⁵⁵Assunto abordado pelo Juiz Conselheiro ALFREDO RUI GONÇALVES PEREIRA na palestra ocorrida no âmbito do Seminário subordinada ao tema *O Exército e a Justiça Disciplinar*, em 06 de maio de 2009, na Academia Militar de Lisboa.

¹⁵⁶Aliás, não deixa de ser sintomático que o RDM consagre como subsidiariamente aplicáveis os princípios gerais do direito penal e a legislação processual penal com prioridade sobre o Código do Procedimento Administrativo.

¹⁵⁷Recorde-se que o artigo 271.º da CRP através do seu n.º 2 refere que “*É excluída a responsabilidade do funcionário ou agente que actue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito*”.

ajuizar se uma ordem é ou não legal, porquanto pode não dispor de todos os elementos de informação.

Realce ainda para o exposto nos artigos 8.º e 9.º do RDM, que proclamam o princípio da independência e autonomia do processo disciplinar face ao procedimento criminal, constituindo igualmente uma novidade comparativamente com o regime anterior. Na base desta mudança estarão as assimetrias que existem entre ambas as jurisdições, quer ao nível dos fundamentos como dos fins que prosseguem.

De acordo com este novo regime a autoridade militar deixa de estar vinculada à necessidade de suspensão do processo disciplinar até à tomada de decisão final sobre o procedimento criminal, da mesma forma que o oficial instrutor não fica vinculado na fase instrutória a aguardar a decisão judicial que irá caracterizar em termos definitivos e penais os factos participados¹⁵⁸.

Estas disposições que tendem a demarcar as especificidades da administração militar e a acautelar a eventual perda de oportunidade punitiva, acabam contudo por colidir com as inovações verificadas no capítulo relativo aos meios de impugnação. Neste âmbito deixou agora de se verificar o cumprimento imediato das penas disciplinares, exceção feita às penas de natureza corretiva (repreensão e repreensão agravada).

Fazendo uso da nossa experiência empírica, assistiu-se a uma mudança que causou diversos constrangimentos para a predominância da disciplina na maioria das unidades militares, que em determinadas situações não se coadunam com a preterição do imediato cumprimento da pena. Por outro lado e como veremos oportunamente, não se percebe os motivos que tiveram na origem da manutenção desse efeito imediato

¹⁵⁸Neste sentido debruça-se a jurisprudência do STA, através do Acórdão de 18 de fevereiro de 1999, que concordando com a independência entre o procedimento disciplinar e o criminal, acresce que apenas em casos de erro grosseiro ou palmar se poderá sindicar os critérios utilizados para a fixação da medida da pena, porquanto a administração goza de ampla margem de discricionariedade.

relativamente às penas tidas por menos gravosas, que também acarretam consequências para a esfera jurídica e social do militar punido¹⁵⁹.

Este último preceito constituindo um plágio de uma norma que se encontrava exposta no artigo 60.º do ora extinto EDPF¹⁶⁰, com a agravante de não comportar a cláusula de salvaguarda ali prevista, acaba por olvidar a especialidade do direito disciplinar militar assente em valores jurídicos que não assumem o mesmo grau de importância no ordenamento administrativo em geral, e cujas atribuições podem implicar inclusivamente o sacrifício da própria vida.

1.2. A infração disciplinar militar

De acordo com a previsão do artigo 7.º do atual RDM, constitui infração disciplinar o facto comissivo ou omissivo, ainda que negligente, praticado em violação de qualquer dos deveres militares. Assim sendo, a todo o facto da vida social que seja sancionável em sede de procedimento disciplinar deve observar-se a concorrência da previsão dessa conduta (ilicitude e culpabilidade), sem as quais não se materializa a infração.

Nesse sentido a supressão de um dos elementos da infração será suficiente para a descaracterizar, impedindo a aplicação da sanção em razão do princípio *nulla poena sine culpa*. No concernente à ilicitude, entende-se que na imposição de um dever há um interesse que se pretende defender face a uma lesão iminente. Já a gravidade da infração resulta da natureza dos bens jurídicos associados ao dever violado e consequentemente da verificação ou não da sua lesão.

¹⁵⁹Veja-se como exemplo a pena aplicada a bordo de um navio em missão internacional, que na eventualidade de ter sido cometida uma infração gravosa, o detentor da competência disciplinar vê-se impedido de executar de imediato a pena, ferindo a disciplina e ao mesmo tempo a autoridade que deve imperar nas relações entre os superiores e os respetivos subordinados.

¹⁶⁰O artigo 60.º da Lei n.º 58/2008, de 9 de setembro, normativo entretanto revogado pela LTFP, estabelecia que *o recurso hierárquico suspende a eficácia do despacho ou da decisão recorridos, exceto quando o seu autor considere que a sua não execução imediata causa grave prejuízo ao interesse público*.

No procedimento disciplinar militar as penas a aplicar aos militares infratores¹⁶¹ são essencialmente pessoais e não patrimoniais, o que faz distinguir este processo dos demais procedimentos. Tal resulta do facto dos deveres militares apresentarem, de igual modo, natureza pessoal e não meramente funcional e cujas penas visam corrigir o faltoso, seja por intermédio da imposição de um ónus da privação da liberdade ou, verificada a sua total incapacidade para continuar a exercer funções como militar, tendem a afastá-lo definitivamente das Forças Armadas e inclusivamente a retirar-lhe a condição militar¹⁶².

Na determinação da pena deve atender-se à culpa do militar infrator, método de ponderação que implica um juízo de censura perante aquele que tinha o dever e a possibilidade de adotar a conduta devida, mas que por alguma razão decidiu não o fazer. Este juízo encontra-se sujeito a graduação uma vez que a conduta pode resultar de um ato negligente ou doloso, sendo ainda admitidos vários graus como sucede no direito penal, ainda que em direito disciplinar a negligência é sempre alvo de punição.

De acordo com a previsão do n.º 1 do artigo 30.º, consta que *pela prática de infração disciplinar* são aplicáveis as penas de repreensão, repreensão agravada, proibição de saída, suspensão de serviço e prisão disciplinar. Este artigo refere ainda que estas penas são aplicáveis *por ordem crescente de gravidade*, optando aqui o legislador por deixar ao critério da entidade decisora o domínio de escolha sobre a pena a aplicar, não existindo assim uma correspondência entre infração e pena e entre um facto que consubstancie uma violação concreta de um dever e a sua sanção.

Neste ponto em específico julgamos que o legislador terá ido longe demais, colocando o militar numa posição de incerteza e de receio durante a fase instrutória, em que na prática qualquer conduta sancionável pode corresponder a qualquer uma das penas previstas no RDM.

¹⁶¹Atente-se que o atual RDM consagra o princípio da igualdade de todos os militares, independentemente do respetivo posto, no âmbito das penas aplicáveis, pelo desaparecimento da sua estratificação em função da categoria dos militares (oficiais, sargentos e praças), algo que anteriormente não sucedia.

¹⁶²Neste sentido, VITOR G. PRATA, *A Justiça militar e a Defesa Nacional*, 2012, págs. 107 e 108.

Essa ausência de previsibilidade na lei acerca das penas concretamente aplicáveis a tipos específicos de infrações¹⁶³ parece-nos no mínimo discutível, podendo inclusivamente estar em causa a violação do n.º 3 do artigo 29.º da CRP, que prevê que *Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior*¹⁶⁴.

Em todo o caso o atual RDM adotou a estrutura acusatória em que a entidade que procede à instrução é distinta da que aplica a pena disciplinar¹⁶⁵, o que de certa maneira vem a dotar o procedimento disciplinar militar de padrões elevados ao nível da isenção e da imparcialidade, quer na condução da fase instrutória como na elaboração do despacho conclusivo.

À semelhança do que sucede com as sanções no direito penal, as penas disciplinares observam também finalidades contributivas de prevenção geral e especial, sem prejuízo de se concretizarem de maneira distinta¹⁶⁶. Atente-se que o direito disciplinar militar factualmente foi parte integrante de um direito penal especial, que em tempos foi aplicado a militares em determinados momentos históricos e era apelidado de direito penal militar.

Em certa medida a destrição entre infração criminal e infração disciplinar militar reside na relação de simbiose e de subsidiariedade que constava no n.º 2 do artigo 1.º do RDM de 1977, isto é, todo o facto que não fosse qualificado como crime cairia sempre no âmbito de infração disciplinar.

¹⁶³Tal não sucede noutros regimes disciplinares, v.g. no aplicável aos funcionários públicos previsto na LTFP, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho e ainda o que se aplica ao pessoal da Polícia Marítima e aos militarizados, constante no RDPM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 97/99, de 24 de março.

¹⁶⁴J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, pág. 495, em anotação ao artigo 29.º, referem que ao abrigo do princípio da tipicidade requer-se (a) *suficiente especificação do tipo de crime (ou dos pressupostos das medidas de segurança)*, tornando ilegítimas as definições vagas, incertas, insusceptíveis de delimitação e (c) *exigência de determinação de qual o tipo de pena que cabe a cada crime, sendo necessário que essa conexão decorra directamente da lei*.

¹⁶⁵Relembremos que esta alteração foi implementada no RDM vigente, apesar do TC, através do seu Acórdão n.º 33/2002, não ter declarado a inconstitucionalidade da norma do n.º 1 do artigo 83.º do RDM/77, na medida em que da mesma resultava que o chefe militar que instrísse o processo disciplinar era igualmente competente para aplicar a sanção punitiva.

¹⁶⁶Cfr. MARCELLO CAETANO, *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1932, pág. 25.

Essa conclusão deu azo a duas teorias doutrinárias, sendo que a primeira tutela o critério quantitativo, ao abrigo da qual será considerado crime essencialmente militar a infração disciplinar que revista grau suficiente de gravidade para que seja considerado como crime¹⁶⁷. Num polo oposto situa-se a teoria dos valores¹⁶⁸, a qual defende que a jurisdição criminal ocupa-se da violação de princípios, valores e normas que afetam a sociedade em geral, tendo a disciplina unicamente a ver com as relações inerentes às missões desempenhadas pela instituição militar.

Estamos perante duas formas de repressão que são exercidas em separado sem que uma influencie a outra, porquanto a sanção disciplinar não impede a punição criminal e a condenação numa não determina necessariamente a condenação na outra. Em todo o caso, o princípio da independência perfilhado pelo RDM tem levantado algumas vozes críticas que veem invocar a violação do princípio basilar em processo penal *ne bis in idem*, ainda que estejamos perante jurisdições diferentes.

A possibilidade de aplicação de penas privativas da liberdade poderá adensar ainda mais o debate acerca da jurisdição competente para apreciar litígios decorrentes de impugnações de sanções disciplinares, contudo tem-se vindo a entender que estas sendo o culminar de todo um procedimento administrativo, os juízes sediados nos tribunais administrativos serão aqueles que estarão mais aptos a apreciar a legalidade e o mérito da decisão final tomada.

1.3. Particularidades das penas de repreensão e de repreensão agravada

Relativamente à tipologia de penas previstas no RDM¹⁶⁹ e contrapondo com as sanções previstas na LTFP, as que debutam são claramente as penas privativas de liberdade, cuja consagração não tem vindo a sofrer oposição de maior por parte da

¹⁶⁷Cfr. FRANCISCO CARLOS DA COSTA OLIVEIRA, in *O Direito Penal Militar*, pág. 99.

¹⁶⁸Teoria inspirada em MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, pág. 803, na qual alertou para a circunstância do mesmo facto poder simultaneamente desencadear a repressão disciplinar e a repressão criminal, sendo considerado infração disciplinar e crime, na medida em que além de ofender ou colocar em perigo interesses próprios de um grupo, atinge também, interesses que a comunidade política considera essenciais.

¹⁶⁹O rol das penas disciplinares consta no artigo 30.º do RDM.

jurisprudência¹⁷⁰ apesar de no seio da doutrina existirem vozes discordantes da sua aplicação em sede de procedimento disciplinar.

Sendo já amplamente conhecido o debate acerca da validade das penas privativas da liberdade, o mesmo não sucede relativamente às penas de repreensão e de repreensão agravada, facto que nos causa alguma estranheza visto persistirem desde a génese da disciplina militar e de conterem determinadas particularidades que no nosso entendimento não terão sido ainda devidamente afloradas.

Recorde-se que com a eliminação da pena de faxina, que consistia na execução de serviços que por regulamentos próprios da Marinha, do Exército e da Força Aérea, era competência própria dos vulgos empregados de limpeza¹⁷¹ e se encontrava consagrada no artigo 25.º do RDM de 1977, o elenco das penas disciplinares de carácter meramente corretivo passou a resumir-se após o RDM de 2009, às penas de repreensão e de repressão agravada, constantes nos artigos 31.º e 32.º do atual regime disciplinar militar.

Esta inovação mereceu reparos por parte da instituição militar, particularmente porque a pena de faxina era a que melhor refletia a eficácia e celeridade do procedimento disciplinar e ainda a que registava um maior impacto em termos de sentido de disciplina e de camaradagem, muito embora fosse amplamente reconhecida a problemática em torno da sua insuficiente validade formal e material.

Examinando a pena de repreensão prevista no artigo 31.º do RDM, a mesma *consiste na declaração feita ao infractor, em particular, de que sofre reparo por ter praticado uma infracção disciplinar*. No concernente à pena de repreensão agravada prevista no artigo 32.º, as diferenças são ténues face à anterior, implicando apenas que

¹⁷⁰Por todos, veja-se o Acórdão do TC n.º 103/87, de 18 de março, no qual os Venerandos Juízes declararam que *as penas de detenção e prisão disciplinar constituem um elemento característico nuclear do sistema punitivo do RDM, isto é, do regime e do direito disciplinar castrense, e de tal modo que, desprovido dessas penas, bem poderia dizer-se que o mesmo regulamento não tem sentido*.

¹⁷¹Normalmente traduzia-se em serviços administrativo-logísticos, como trabalhos de arrumação e de limpeza.

esse reparo seja efetuado na presença de militares com maior antiguidade que pertençam à mesma categoria do militar punido.

O efeito das referidas penas acaba por se esgotar no momento em que os infratores sofrem a reprimenda pública, sendo essa a justificação mais plausível apresentada pelas chefias militares, pelo legislador e também pela doutrina¹⁷² para que o atual RDM tenha mantido a aplicação imediata destas penas independentemente do prazo legalmente previsto para o militar impugnar o ato sancionatório.

Este ponto merece da nossa parte uma declaração de interesses, dado não concordarmos com a posição do legislador ao ter decidido excluir as penas de repreensão e de repreensão agravada do leque das sanções disciplinares que apenas podem ser executadas com o término do prazo para a interposição do recurso hierárquico, ou, tendo-o sido, logo que lhe seja negado provimento¹⁷³.

A este respeito não colhem os argumentos que abonam a favor da celeridade e sumariedade do procedimento disciplinar militar, aliado à rejeição de garantias excessivas e de manobras dilatórias, quando relativamente à pena de prisão disciplinar a jurisprudência acabou por proibir a sua execução logo após ter improcedido o recurso hierárquico necessário interposto pelo infrator¹⁷⁴, alargando para três meses a possibilidade de aplicação do ato punitivo.

De assinalar que essa decisão além de exaurir o efeito útil da referida pena, reflete uma exagerada restrição do poder disciplinar das mais altas chefias militares, em colisão com a regra geral do procedimento administrativo e disciplinar dos atos administrativos serem definitivos e executórios logo que devidamente notificados os respetivos destinatários¹⁷⁵.

¹⁷²Veja-se a título exemplificativo as conclusões formuladas pelo TCA Sul através do Acórdão de 7 de março de 2013, sobre o processo n.º 08946/12, onde se esclarece que *as penas aplicadas em processo disciplinar militar devem ser cumpridas na íntegra e imediatamente após a sua aplicação, mas sem preterição dos direitos de defesa do arguido e da possibilidade da sua impugnação contenciosa*.

¹⁷³Cfr. n.º 1 e 2 do artigo 51.º do RDM.

¹⁷⁴Uma vez mais se reitera que tal sucedeu por intermédio do Acórdão do TC n.º 200/2012.

¹⁷⁵Além da doutrina conhecida já melhor invocada, também comunga dessa opinião VITOR M. GIL PRATA, *ob. Cit...*, pág. 111.

Por essa ordem de ideias não é defensável o conservadorismo excessivo no tocante à pena de prisão disciplinar, quando num polo oposto se verifica uma verticalidade patente relativamente às penas de repreensão e de repreensão agravada, quando estas acarretam à semelhança das demais relevantes consequências, quer ao nível pessoal como de âmbito patrimonial.

Ademais os efeitos produzidos na esfera jurídica do militar são inexoráveis e não se resumem à mera reprimenda perante militares de maior graduação, ficando ainda sujeito a penas de carácter acessório como a transferência de unidade/serviço ou órgão, implicações ao nível do tempo de serviço e de antiguidade para efeitos de promoção, acesso a procedimentos concursais internos, e ainda para efeitos de passagem à situação de reserva e/ou reforma¹⁷⁶.

Da mesma forma se afirma que a suspensão da execução das penas disciplinares enquanto efeito do recurso hierárquico necessário, coloca em perigo a disciplina e a autoridade militar, designadamente quando o militar infrator integra uma força militar no cumprimento de uma missão internacional. O mesmo sucede quanto às penas aplicadas a bordo de um navio decorrentes de infrações particularmente gravosas, cuja execução não se coaduna com a demora originada com a interposição de um recurso hierárquico necessário.

Em ambos os casos, a dilação do ato sancionatório em resultado do exercício do direito de recurso poderá revelar-se prejudicial face às circunstâncias especiais em que se encontra o militar infrator, sendo igualmente notória a perda do efeito de prevenção geral e especial da pena, essencial para a legitimidade dos valores tutelados pela Instituição Militar¹⁷⁷.

Urge assim procurar uma solução mais equitativa para a problemática em torno do cumprimento das penas disciplinares, não se afigurando justo nem tampouco adequado suprir qualquer período dilatatório para as penas de repreensão e de repreensão

¹⁷⁶Cfr. artigos. 50.º a 54.º do RDM.

¹⁷⁷Ademais, não se conhecem razões de carácter excecional que justifiquem a suspensão em voga para os militares das Forças Armadas e já o mesmo não suceda com os militares da GNR, cfr. artigo 124.º da Lei n.º 145/99, de 1 de setembro, que aprova o RD/GNR.

agravada, quando na pena de prisão disciplinar e somado o prazo para interposição do recurso hierárquico e concomitantemente do recurso contencioso, a mesma apenas pode ser efetivamente aplicada sensivelmente quatro meses após a constituição do ato administrativo sancionatório.

A acrescer à perda de utilidade prática e às repercussões negativas para a disciplina militar, vem juntar-se agora a crescente perda de interesse por parte das chefias militares em aplicar a pena tida por mais adequada, optando por aplicar outras de menor gravidade e que em condições normais não seriam aplicadas face à gravidade de determinadas condutas.

Este ponto acaba por ser mais um exemplo claro da urgência que existe em se proceder a uma revisão geral do direito disciplinar militar, tanto que a conjuntura parece-nos ser atualmente favorável face à recente reforma do ordenamento administrativo, caso contrário o regime de exceção que ainda caracteriza as Forças Armadas poderá deixar de existir num futuro próximo.

1.3.1. Em particular: A inaplicabilidade do preceituado no n.º 3 do artigo 3.º do novo CPA

Recordando o preceituado no n.º 3 do artigo 3.º do decreto que aprovou o novo CPA, consta que *As impugnações administrativas necessárias previstas na legislação existente à data da entrada em vigor do presente decreto-lei têm sempre efeitos suspensivos da eficácia do ato impugnado*». Sendo que o n.º 4 desse mesmo preceito, estabelece a cominação de que *São revogadas as disposições incompatíveis com o disposto nos n.º 2 e 3*.

O novo CPA estatuiu assim que estaremos perante uma reclamação ou recurso necessário, quando a lei mencione expressamente que esses meios impugnatórios se assumem como uma verdadeira condição de acesso à jurisdição administrativa. Para

conferir força jurídica a essa norma, determinou ainda que a utilização de qualquer um desses meios de tutela suspende os efeitos do ato impugnado.

Ainda que se exalte a sagacidade do legislador nesse ponto em particular, a verdade é que ao defender a revogação expressa das disposições incompatíveis com o exposto no n.º 4 do artigo 3.º, acabou por se precipitar quicá por falta de conhecimento sobre a forma legal assumida por alguma legislação especial, como é o caso do RDM.

Ora, o legislador vincou a ausência de efeito suspensivo no que respeita à interposição do recurso hierárquico necessário sobre as penas de repreensão e de repreensão agravada, conforme previsão no n.º 2, *in fine*, do artigo 123.º do RDM. Independentemente do que originou a ausência desse efeito, seríamos agora forçados a concluir que de acordo com a regra edificada pelo n.º 4 do artigo 3.º do novo CPA, a disposição constante no n.º 2 do artigo 123.º do RDM deixaria de vigorar por ordem expressa do legislador do procedimento, passando o efeito suspensivo a prevalecer também sobre as penas disciplinares menos gravosas, previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 30.º do RDM.

Sucede que, apesar de a doutrina abonar a favor do teor literal do n.º 3 do artigo 3.º do novo CPA e consequentemente da prevalência desse regime sobre toda a legislação especial existente à data da sua entrada em vigor que preveja solução diferente¹⁷⁸, convém relembrar que no caso específico do RDM estamos na presença de um regulamento disciplinar aprovado por intermédio de lei orgânica, que derivado do valor reforçado que lhe é conferido pelo n.º 3 do artigo 112.º da CRP, fá-lo situar-se num patamar hierárquico superior relativamente ao exposto em normas de inferior valor jurídico como é caso do previsto no CPA, aprovado por decreto legislativo no uso de autorização legislativa atribuída pela Assembleia da República.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Neste sentido, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, Almedina, 3ª Edição, 2015, pág. 385 e ainda JORGE SILVA SAMPAIO/JOSÉ DUARTE COIMBRA, *Os procedimentos de segundo grau no novo CPA*, pág. 693 e 694.

¹⁷⁹ Para FAUSTO QUADROS, urge considerar o CPA como lei de valor reforçado, aquando de uma futura revisão constitucional, uma vez que tal significaria que nenhuma lei poderia atentar contra as garantias que lá se encontram consagradas, in *Advocatus – O Agregador da Advocacia*, entrevista publicada em 21 de outubro de 2015, disponível em www.advocatus.pt.

Perante o atual regime da hierarquia de atos normativos, não nos resta outra alternativa que não a de arguir a inconstitucionalidade do preceituado no n.º 4 do artigo 3.º do decreto-lei que aprovou o novo CPA, por colidir com o previsto no n.º 2 do artigo 123.º, em conjugação com o n.º 1 do artigo 51.º, ambos do RDM, ainda que se revele sadia a motivação do legislador ordinário ao pretender reforçar o grau de efetividade da tutela jurisdicional dos particulares, garantia essa que se encontrava claramente fragilizada no anterior CPA.

Em nome da estabilidade do ordenamento jurídico-administrativo português, urge ao legislador expurgar a inconstitucionalidade da norma prevista no decreto-lei que aprovou o novo código, sem que tal facto conduza ao abandono da ideia de reforço da efetividade da tutela jurisdicional, caso contrário representará um retrocesso face à evolução registada em matéria de impugnação administrativa, entrando ainda em contradição com o estabelecido acerca da suspensão da eficácia do ato administrativo impugnado, previsto no artigo 189.º do CPA.

CAPÍTULO IV

O RECURSO AOS MECANISMOS DE TUTELA NA DISCIPLINA MILITAR

1. AS GARANTIAS DE DEFESA DOS MILITARES

1.1. Noções Gerais

A interposição de recurso gracioso ou jurisdicional de atos administrativos que se traduzam na aplicação de sanções disciplinares no âmbito da instituição militar, advém da inclusão das Forças Armadas na Administração Pública, conforme decorre do preceituado no n.º 2 do artigo 1.º da LOBOFA¹⁸⁰.

¹⁸⁰O recurso contencioso de atos decorrentes do direito disciplinar militar, insere-se no regime geral de impugnação de atos administrativos, previsto no artigo 2.º do CPTA, panorama que contrasta com o sucedido noutros ordenamentos jurídicos, como no espanhol, que procede à separação do recurso contencioso disciplinar militar do contencioso administrativo, cfr. F. LÓPEZ RAMON *Reflexiones sobre*

A consagração das garantias administrativas em obséquio dos militares resulta ainda da previsão no n.º 4 do artigo 268.º, da CRP, que confere aos administrados a tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, e em razão da garantia específica que é dada ao arguido em processo disciplinar nos termos do n.º 3 do artigo 269.º do texto constitucional. Recorde-se que o exercício do recurso contencioso surge como o último baluarte de defesa em matéria disciplinar, e é válido para todas as decisões disciplinares¹⁸¹.

Examinando o teor dos artigos 121.º a 125.º do RDM, rapidamente se conclui que os meios de impugnação de atos administrativos sancionatórios em matéria de disciplina militar não se distinguem grandemente das garantias que são dadas aos particulares, em geral¹⁸². Essa conclusão extrai-se em função da análise de todo o capítulo IV do RDM dedicado aos meios de impugnação, e que correspondem aos meios impugnatórios mais usuais no direito administrativo em geral, ou seja, a reclamação e o recurso hierárquico¹⁸³.

A estas garantias administrativas soma-se o recurso de revisão, que apresenta bastantes similitudes com a figura do recurso extraordinário de revisão consagrado no CPP, e que permite que o militar possa mediante a observância de determinados pressupostos obter por parte da instituição militar a anulação do ato administrativo lesivo¹⁸⁴.

el contencioso disciplinario militar», in *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. IV, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1988 e ainda, no mesmo sentido, PEDRO T. NEVADO MORENO, «*La función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional*» Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A, Madrid, 1997, pág. 461.

¹⁸¹Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pág. 947

¹⁸²De acordo com a previsão do artigo 5.º da Lei n.º 11/89, de 1 de julho, diploma que fixa as Bases gerais do Estatuto da Condição Militar, em processo disciplinar são garantidos aos militares os direitos de audiência, de defesa que se desdobra em reclamação, recurso hierárquico e recurso contencioso. Sobre este assunto vide PAULO OTERO, *As garantias impugnatórias dos Particulares no Código do Procedimento Administrativo*, Scientia Iuridica, col. CLI, n.º 235-237.

¹⁸³Para outras considerações acerca das garantias administrativas cfr. ESTEVES DE OLIVEIRA/ PEDRO GONÇALVES/ PACHECO AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, vol. I e II, 1993.

¹⁸⁴Cremos que a única grande diferença face ao regime geral é a ausência de recurso perante decisões de mero expediente, cfr. n.º 2 do artigo 121.º do RDM, em prol dos princípios da celeridade e simplicidade procedimental que presidem na instrução do processo disciplinar.

No concernente aos trâmites gerais da reclamação e do recurso hierárquico, previstos nos artigos 121.º ao artigo 125.º do RDM, aparentemente não se vislumbram diferenças de maior comparativamente com o regime jurídico consagrado no CPA, conclusão veiculada em função da remissão expressa pelo legislador para a tramitação presente no procedimento administrativo em geral¹⁸⁵.

Todavia, além das especificidades que iremos expor a respeito do regime jurídico desses meios de impugnação administrativa, existem todavia algumas dissemelhanças como a impossibilidade de se interpor recurso sobre as decisões de mero expediente¹⁸⁶ em benefício da celeridade processual, condição que distingue a fase de instrução em processo disciplinar militar.

Sobre a proeminência dos princípios da celeridade e simplicidade processual, é ainda exemplo ilustrativo o facto de apenas ser admitida a passagem de certidões de peças do processo disciplinar em fase prévia à prática do ato administrativo sancionatório, unicamente tendo por base a tutela de interesses legítimos, conforme prevê o n.º 3 do artigo 76.º do RDM.

Somos da opinião que esse preceito legal apresenta uma constitucionalidade duvidosa, na medida em que não se considera razoável apostar um entrave ao direito de defesa do arguido, ficando este à mercê de uma apreciação hierárquica do que constitui ou não a *defesa de interesses legítimos*. Ademais, se tal pressuposto já se contesta no âmbito do acesso a qualquer ato ou documento administrativo decorrente da subordinação à previsão no n.º 1 e 2 do artigo 268.º da CRP, de forma ainda mais veemente se impõe o acesso aos autos no âmbito de um processo sancionatório como o procedimento disciplinar militar¹⁸⁷.

¹⁸⁵Para outras considerações acerca do regime das garantias administrativas, vide ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, VOL. I e II, Almedina, 1993.

¹⁸⁶Cfr. n.º 2 do artigo 121.º do RDM.

¹⁸⁷Recorde-se que o TC, por intermédio do Acórdão n.º 80/95, veio já a considerar inconstitucional a recusa de passagem de certidões no âmbito de um processo de avaliação do foro militar, precisamente por violar o direito de acesso aos documentos administrativos, previsto no n.º 1 e 2 do artigo 268.º da CRP.

1.2. Reclamação

O militar decide lançar mãos da figura da reclamação consagrada no artigo 121.º do RDM, sempre que tenciona reagir contra o próprio autor do ato administrativo sancionatório, que em termos práticos se cingirá em processo disciplinar ao oficial instrutor do processo ou ao militar de patente superior que dirige a unidade/estabelecimento ou órgão a que pertence o arguido e que emana o conducente despacho punitivo.

Tratando-se de um meio de tutela tipificado no CPA, a figura da reclamação prevista no RDM em nada difere dos trâmites que se encontram fixados naquele normativo¹⁸⁸, circunscrevendo-se aos atos que manifestem suficiente solenidade para serem alvo de acolhimento superior, isto é, que lesem de forma inequívoca direitos e deveres legalmente tutelados. Caso contrário, a reclamação será liminarmente indeferida por razões de inimpugnabilidade.

Examinado o preceituado no n.º 3 do artigo 121.º do RDM, consta que *A reclamação em matéria disciplinar é sempre facultativa e não suspende o prazo do recurso hierárquico*. Uma vez mais se reitera a total correspondência do tocante aos efeitos da presente figura comparativamente com o estipulado no CPA a esse respeito. Não obstante essa constatação, de assinalar que à luz do regime disciplinar anterior a interposição desse meio de tutela administrativa beneficiava de efeito suspensivo, quando o ato impugnado não era objeto de recurso hierárquico necessário¹⁸⁹.

Com base no nosso entendimento empírico, a prévia interposição da figura da reclamação nas Forças Armadas apresenta uma taxa de utilização puramente residual, em função da firmeza e aparente irrevogabilidade das decisões tomadas em primeira instância pelo comandante/diretor ou chefe militar que pratica o ato. Nessa

¹⁸⁸Atente-se que de acordo com o instituído no regime disciplinar precedente, concretamente no artigo 113.º do RDM77, o prazo para interposição da reclamação cingia-se apenas a cinco dias úteis, o que se veio a revelar manifestamente curto, colocando em causa as garantias do arguido. Neste sentido, ALEXANDRA LEITÃO, *A Administração Militar*, in *O Direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas*, IDN, 2000, pág. 493.

¹⁸⁹Cfr. artigo 163.º do CPA, ora revogado.

conformidade, os arguidos tendem a interpor diretamente recurso para o mais elevado órgão superior hierárquico do órgão recorrido.

1.3. Recurso hierárquico necessário

A interposição de recurso hierárquico necessário para o CEM do ramo, permanece como o modo de reação mais comum perante a notificação do ato administrativo sancionatório. Consequentemente, o n.º 1 do artigo 122.º do RDM vem especificar que o militar *pode interpor recurso hierárquico de decisão que lhe imponha pena disciplinar ou que considere lesiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos*, aderindo na generalidade à redação que consta acerca dos pressupostos de legitimidade da ação contenciosa do CPTA.

De modo a não afetar o vínculo de confiança existente entre os escalões intermédios da estrutura organizativa militar, e em respeito pelos princípios de comando e hierarquia vigentes nas Forças Armadas, os seus responsáveis podem pronunciar-se sobre o mérito do recurso no prazo de três dias a contar da receção do respetivo requerimento por parte da entidade recorrida, até que este suba em definitivo até ao respetivo CEM¹⁹⁰, a quem compete decidir a final sobre a impugnação do ato punitivo¹⁹¹.

À parte da tramitação procedimental, somos da opinião que a manutenção do recurso hierárquico necessário no âmbito das penas disciplinares consagradas no atual RDM acaba por traduzir não só um recuo face ao reforço das garantias de defesa resultantes da franca evolução registada no direito disciplinar militar, como surge em contraciclo com a alteração de paradigma iniciada no CPA de 1992 e desenvolvida pelo preceituado no CPTA, no que diz respeito à utilização dos meios de impugnação administrativa.

¹⁹⁰ Cfr. n.º 4 do artigo 124.º do RDM.

¹⁹¹ Para uma melhor perceção acerca da complexidade que caracteriza a estrutura hierárquica vigente nas Forças Armadas, atente-se, a título exemplificativo, a LOMAR, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 185/2014, de 29 de dezembro.

A ofensa do grau de competência dos tribunais administrativos na apreciação imparcial no âmbito de uma ação administrativa apresenta-se, de resto, como a face mais visível do prejuízo resultante da manutenção desse pressuposto no RDM para o militar aceder à via jurisdicional.

É certo que o tribunal decidiu que o disposto no n.º 2 do artigo 51.º, e no n.º 2 do artigo 123.º, que preveem a execução imediata das penas de repreensão e de repreensão agravada¹⁹², não ofende o princípio da presunção de inocência previsto no n.º 2 do artigo 32.º, nem as garantias de defesa em processo disciplinar previstas nos n.º 1 e 10 do artigo 32.º, e por fim a própria tutela jurisdicional efetiva consagrada no n.º 1 do artigo 20.º, todos da CRP.

Porém, num sentido diametralmente oposto entendeu relativamente à pena de prisão disciplinar¹⁹³ que a regra estabelecida no n.º 1 do artigo 51.º do RDM infringe o texto constitucional, na medida em que *não acautela a utilidade da impugnação judicial quando, após decisão do recurso hierárquico, impõe que a sanção de prisão disciplinar militar seja cumprida de imediato, a possibilidade de execução da pena de prisão disciplinar logo após o indeferimento do recurso hierárquico não garante a efetividade do controlo jurisdicional que venha a ser instaurado*¹⁹⁴.

Em termos práticos, o cumprimento imediato da pena de prisão disciplinar opera apenas quando o arguido decide não fazer uso do prazo previsto para interpor recurso hierárquico do despacho punitivo. Antagonicamente, face a um indeferimento desse meio de impugnação administrativa, ter-se-á de aguardar pelo decurso do prazo para se impugnar judicialmente a decisão punitiva. Ou seja, nessa conjuntura a pena de prisão disciplinar apenas poderá ser cumprida assim que expirado o prazo de noventa dias, previsto na alínea b) do n.º 2 do artigo 58.º do CPTA.

¹⁹²Neste prisma e como já se fez questão de rebater, o recurso hierárquico não possui efeito suspensivo, contrariamente ao que sucede nas hipóteses de aplicação de outras penas mais gravosas, nomeadamente as previstas nas alíneas c), d) e e), do n.º 1 do artigo 30.º do RDM.

¹⁹³Consiste na retenção do infrator por um período de um a rinta dias, em instalação militar, designadamente no quartel ou a bordo do navio, cfr. artigo 35.º do RDM.

¹⁹⁴*Ex vi* Acórdão do TC n.º 229/2012, proferido no âmbito do processo n.º 82/10, que veio a declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da parte final do n.º 1 do artigo 51.º do RDM, na parte relativa à pena de prisão disciplinar, em consequência da violação do disposto na alínea d), do n.º 3, do artigo 27.º da CRP.

No decurso do entendimento do TC¹⁹⁵, é no mínimo condenável que os efeitos do recurso hierárquico dependam exclusivamente da criação de privilégios de foro injustificados, aspeto que em nada contribui para a tutela dos princípios estruturantes das Forças Armadas como é o caso dos princípios da coesão, disciplina e unidade¹⁹⁶.

Em particular, o princípio da coesão afigura-se como uma variável psicológica de extrema importância e que contribui para a manutenção do *grupo militar* estruturado e dedicado à missão, fomentando o apoio e a confiança no desempenho das suas funções¹⁹⁷. Nesse prisma a ausência de tutela jurisdicional efetiva e os privilégios de foro consoante a pena disciplinar em análise, contribuem para a descredibilização dos valores da instituição militar e para o incentivo do clima de desconfiança entre a cadeia de comando e os respetivos subalternos.

Ainda de acordo com a interpretação do TC na matéria, verifica-se uma clara limitação dos efeitos provocados pela promulgação da Lei n.º 34/2007, de 13 de agosto¹⁹⁸, cuja *ratio* se fundou na aplicação de penas pelo respetivo CEM, tendo por base precisamente a circunstância dos factos punidos atentarem contra a coesão e disciplina nas Forças Armadas, cuja execução estava a ser protelada em virtude da proibição automática da execução do ato punitivo¹⁹⁹ por efeito da notificação ao autor do despacho punitivo da interposição de providência cautelar.

¹⁹⁵ De relevar as declarações de voto em sentido contrário dos Conselheiros Maria Lúcia Amaral e, em especial, de Vítor Gomes, relatando que *condicionar necessária e sistematicamente a execução da pena, como parece decorrer do acórdão, à apreciação final da impugnação do ato punitivo, sacrificaria desproporcionalmente a eficácia do poder disciplinar precisamente quanto a infrações a que corresponde a mais grave das penas disciplinares não expulsivas, ignorando as ponderações constitucionais que levaram à consagração da exceção da alínea d) do n.º 1 do artigo 27.º da Constituição*.

¹⁹⁶ Sobre estes princípios pronuncia-se LUIS PIMENTEL, *A restrição de direitos aos militares das Forças Armadas*, Ed. AAFDL, 2008, pág. 124 e seguintes, mas também PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento...*, pág. 262 e 363.

¹⁹⁷ Muitos são os especialistas que se têm dedicado a estudar a relação entre a coesão militar e o desempenho, quer individual quer em grupo, dos militares. Ver, por todos, GRIFFITH, J.; VAITKUS, M., *Relating Cohesion to Stress, Strain, Desintegration and Performance*, in *Military Psychology*, n.º 11, 1999, pág. 27 e seguintes.

¹⁹⁸ Estabelece o regime especial dos processos relativos a atos administrativos de aplicação de sanções disciplinares previstas no RDM.

¹⁹⁹ Prevista no artigo 128.º do CPTA.

De referir ainda que a decisão emanada pelo superior hierárquico refletida na aplicação de uma pena disciplinar produz efeitos externos, encontrando-se por essa via cumpridos os requisitos constantes no n.º 1 do artigo 51.º do CPTA, que em regra legitimam a imediata interposição de recurso contencioso.

Nesse particular e à semelhança do que já foi sustentado inclusivamente pela CRP, o artigo 120.º do RDM⁷⁷ previa que só haveria lugar ao recurso contencioso das decisões definitivas e executórias. Porém, atendendo a que na época os meios de impugnação administrativa não possuíam efeito suspensivo no que concerne à contagem do prazo para impugnação contenciosa do ato, esse preceito rapidamente levantou dúvidas de legalidade na sequência da consagração do conceito de ato lesivo no n.º 4 do artigo 268.º da CRP, aquando da revisão constitucional de 1989²⁰⁰.

Desse modo o n.º 2 do artigo 123.º do RDM veio a reconhecer o efeito suspensivo do recurso hierárquico necessário do ato punitivo, em consonância com o regime regra consagrado no n.º 1 do artigo 189.º do CPA. Todavia, o facto da pena de repreensão ou repreensão agravada não merecerem tratamento idêntico, atribuindo-lhe carácter meramente facultativo, não se revela de todo aceitável.

Tanto que o legislador ordinário nos termos do previsto no n.º 2 do artigo 189.º do CPA, fixou uma válvula de escape para os recursos hierárquicos facultativos, atribuindo-lhe efeitos suspensivos quando *o autor do ato, ou o órgão competente para conhecer do recurso, oficiosamente ou a pedido do interessado, considere que a sua execução imediata causa prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação ao destinatário e a suspensão não cause prejuízo de maior gravidade para o interesse público.*

Harmonizando o novo regime do CPA ao caso concreto da interposição de recurso hierárquico facultativo perante as penas menos gravosas previstas no RDM, no nosso entendimento nada obsta que o infrator pese embora as especificidades do direito

²⁰⁰Como já se referiu, também o artigo 59.º do CPTA determina que todas as impugnações administrativas suspendem o prazo de impugnação contenciosa dos atos administrativos, garantindo contudo a possibilidade de impugnação contenciosa imediata de todos os atos lesivos, sem necessidade de prévia interposição de reclamação ou recurso hierárquico.

castrense possa alegar também o grave prejuízo dos seus interesses legítimos, alcançando legitimamente por essa via o efeito suspensivo do recurso²⁰¹.

À boleia da argumentação contida no Acórdão do TC n.º 229/2012, antevê-se para um futuro próximo aquando de uma revisão ao atual RDM a implementação das novas diretrizes fixadas no novo CPA em sede de impugnação administrativa, passando o recurso hierárquico a possuir carácter facultativo na esteira do que já ocorre no regime da reclamação.

Crê-se inclusive que o ponto de partida para esse cenário já terá ocorrido, no momento em que o RDM atual edificou o efeito suspensivo pela simples interposição de recurso hierárquico²⁰², ficando desde então o imediatismo ou a oportunidade da aplicação da pena irremediavelmente preteridos²⁰³ em prol da tutela do princípio constitucional *supra* referido.

Este nosso prognóstico justifica-se não só pelo facto da administração militar integrar-se na função administrativa do Estado, e por conseguinte sujeita aos mecanismos de controlo previstos na CRP e no CPA²⁰⁴, como também pela crescente aproximação do direito militar ao regime aplicável aos funcionários públicos, como o demonstram a reforma promovida nos diplomas que regem a orgânica das FA e preveem os direitos dos militares (EMFAR, LOBOFA, LOMAR, etc).

²⁰¹O mesmo entendimento revela PEDRO T. NEVADO MORENO relativamente ao recurso contra sanções administrativas ordinárias, no ordenamento administrativo espanhol «*La función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional*» Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A, Madrid, 1997, pág. 458.

²⁰² Com a ressalva sobre as penas de repreensão e de repressão agravada já alvo de intenso debate.

²⁰³ Neste sentido debruçou-se CAP/JUR VITOR MANUEL MATOS LEITÃO, no seu Trabalho de Investigação Individual do CPOS/FA, subordinado ao tema in *A Disciplina como Elemento Essencial do Funcionamento Regular das Forças Armadas*, IESM, 2011, pág. 20.

²⁰⁴ ALEXANDRA LEITÃO, *A Administração Militar*, in *O Direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas*, IDN, 2000, pág. 507.

1.4. Recurso jurisdicional

À semelhança do que ocorre para o cidadão comum, o militar tem ao seu dispor um conjunto de meios processuais tutelares próprios da jurisdição administrativa. Em primeira instância, pode lançar mãos dos meios processuais de carácter principal materializados na cognominada ação administrativa especial, e numa outra vertente surgem os meios processuais de carácter acessório ou urgente, que em termos práticos se consubstanciam na figura da providência cautelar²⁰⁵.

Em todo o caso, na antecâmara da impugnação judicial surge o recurso hierárquico necessário conforme alude o artigo 133.º do RDM, cujo preceito esclarece que *das decisões proferidas pelo Chefe do Estado-Maior da Armada ou pelos chefes de estado-maior dos ramos cabe impugnação contenciosa*. Por outro lado, o n.º 2 refere que *cabe igualmente impugnação contenciosa da decisão que aplicar medida cautelar de suspensão preventiva*.

Contrariamente ao que se poderia julgar, esse preceito não estabeleceu quaisquer garantias do foro contencioso, acabando inclusivamente por restringir o recurso imediato perante os tribunais administrativos dos militares que tenham sido alvo de uma punição disciplinar. O facto de terem de passar pelo crivo do mais elevado órgão hierárquico, personificado nas Forças Armadas na figura do CEM, acaba assim por constituir um verdadeiro pressuposto processual, na medida em que sem a prévia interposição de recurso hierárquico necessário não lhe é permitido aceder à via jurisdicional.

Assim se constata que o regime do recurso jurisdicional das penas disciplinares previstas no RDM em vigor não acompanhou as novas tendências implementadas no regime do contencioso administrativo, através da Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro²⁰⁶,

²⁰⁵ Para uma melhor análise acerca do regime da ação administrativa especial e das providências cautelares cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, o “nome” e a “coisa”, em *O Contencioso Administrativo no divã da psicanálise*, Coimbra, Almedina, 2009.

²⁰⁶ Neste ponto em específica vide VASCO PEREIRA DA SILVA, *De necessário a útil: a metamorfose do recurso hierárquico no novo contencioso administrativo*, in CJA n.º 47, setembro/outubro, 2004, pág. 21.

cujo n.º 1 do artigo 51.º do CPTA passou a encarar o recurso hierárquico como uma regalia ou vantagem ao dispor do particular, ao invés de o considerar condição imprescindível e necessária para impugnação contenciosa de atos administrativos.

O direito disciplinar militar optou assim pelo escudo que ampara a legislação administrativa especial e que possibilita manter a exigência prévia de recurso hierárquico para o militar aceder ao recurso contencioso, ao invés de harmonizar o seu regime com as normas de procedimento reguladoras das garantias administrativas, que entretanto elevaram o recurso hierárquico facultativo ao papel de figura de maior destaque.

A principal vantagem que o militar retira da interposição de recurso hierárquico junto do CEM, situa-se na atribuição de efeito suspensivo do prazo de impugnação contenciosa por aplicação subsidiária do previsto no n.º 4 do artigo 59.º do CPTA, além da consequente suspensão de eficácia do ato recorrido com exceção das penas de repreensão e de repreensão agravada, cuja aplicação ocorre logo após a notificação da decisão por parte da entidade militar punitiva.

Esta particularidade²⁰⁷ somada a outras que fazem adensar a dúvida em torno da legalidade da utilização dos meios de impugnação previstos no RDM, levam-nos a crer que a breve trecho o recurso hierárquico ali previsto seguirá inevitavelmente os trilhos fixados pela reforma do contencioso administrativo, eventualmente com reservas, designadamente nos casos de especial complexidade e gravidade em que a pronúncia por parte do topo da hierarquia do ramo militar se revele indispensável para evitar brechas significativas na disciplina militar e a fim de garantir o respeito integral dos valores militares fundamentais.

²⁰⁷ Já devidamente afluída aquando da enunciação das penas de repreensão e de repressão agravada, e ainda a respeito do recurso hierárquico necessário.

CONCLUSÕES

- Dos meios de impugnação administrativa em geral;

1. O regime dos meios de impugnação administrativa tem vindo a sofrer sucessivas alterações ao longo do tempo, com destaque para as mutações impostas pela reforma constitucional de 1989, que ergueu o requisito da lesividade do ato administrativo enquanto pressuposto para o particular aceder à via contenciosa, em substituição da exigibilidade do ato definitivo e executório.
2. Não obstante as mudanças registadas no plano constitucional, a doutrina nem sempre demonstrou um entendimento uniforme na matéria, havendo quem continuasse a afirmar que o legislador ordinário mantinha plenos poderes para delimitar o acesso ao recurso contencioso, através da exigência da definitividade vertical do ato administrativo.
3. Uma outra corrente doutrinal invocou a inconstitucionalidade do artigo 25.º da LPTA, aprovada pelo Decreto-Lei 256-A/77, de 17 de junho, na medida em que a manutenção da exigência do ato administrativo definitivo e executório colidia com a regra entretanto estabelecida no n.º 4 do artigo 268.º da CRP.
4. Devidamente ponderados os argumentos aduzidos pela doutrina, o TC veio a pronunciar-se pela não inconstitucionalidade daquela norma e consequentemente os tribunais administrativos podiam exigir a definitividade vertical do ato administrativo para que o mesmo pudesse ser impugnado contenciosamente.
5. Com a reforma do contencioso administrativo de 2002 promovida pelo ETAF e CPTA, as impugnações administrativas passaram a ser, em regra, facultativas (cfr. artigo 51.º e n.os 4 e 5 do artigo 59.º do CPTA) não ficando prejudicada a existência de impugnações administrativas necessárias prevista em legislação especial.

6. Daí em diante passou a ser admitida a impugnação imediata junto dos tribunais administrativos relativamente aos atos lesivos dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, ainda que com a ressalva relativamente ao recurso hierárquico necessário fixado em legislação especial ou avulsa.
7. Decorrente da reforma do CPA, implementada pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, registaram-se avanços no âmbito das agora intituladas *impugnações administrativas necessárias*, tendo o legislador procurado esbater a densa querela doutrinal e jurisprudencial que persiste em torno da conformidade do regime com os preceitos constitucionais aplicáveis.
8. A alteração de paradigma operada pelo n.º 2 do artigo 185.º, que instituiu a regra da impugnação administrativa facultativa, apresenta-se como uma das novidades mais relevantes introduzidas pela reforma ao CPA, e relega o recurso hierárquico necessário para um patamar secundário cuja exigência apenas decorre de previsão em legislação avulsa ou especial, como é precisamente o caso do direito disciplinar militar.
9. Tanto a reclamação como o recurso hierárquico acabam por funcionar ao abrigo deste novo regime como uma garantia administrativa *não-impugnatória*, cujo objetivo é o de alcançar por parte da administração a emissão do ato administrativo ilegalmente omitido, expurgando do ordenamento jurídico-administrativo a figura do indeferimento tácito.
10. Não obstante se enalteça o esforço do legislador materializado na reforma ao CPA, no nosso entendimento a querela doutrinária que constitui uma das bases deste estudo ameaça subsistir uma vez que o legislador ordinário não fechou a porta aos recursos hierárquicos necessários, quando estes resultem de ato legislativo avulso ou especial.

11. A nossa posição apoiada na tese defensora da inconstitucionalidade das impugnações administrativas necessárias permanece assim firme e imutável, ainda que o legislador ordinário aquando da revisão do CPA tenha despertado para o problema, introduzindo disposições que nos levam a acreditar numa futura resolução da problemática.
12. Em favor da nossa argumentação consta a violação de diversos preceitos constitucionais, como o princípio constitucional da plenitude da tutela dos direitos dos particulares, regulado pelo n.º 4 do artigo 268.º da CRP, pois a inadmissibilidade de recurso contencioso em consequência da não interposição de recurso hierárquico necessário, nega o direito fundamental do próprio recurso contencioso.
13. Em especial releva-se ainda a violação do princípio da efetividade da tutela, previsto no n.º 4 do artigo 268.º da CRP, em razão do efeito preclusivo da impugnabilidade da decisão administrativa, na hipótese de não haver prévia interposição de recurso contencioso no prazo estipulado pelo n.º 2 do artigo 193.º do CPA, reduzindo-se dessa forma o prazo de impugnação de atos administrativos.
14. Como forma de contrariar essas adversidades há possibilidade de o particular acionar uma válvula de escape, ao abrigo da qual pode avançar diretamente para a ação administrativa anulatória de atos lesivos, e agora também face à omissão de atos ilegítimamente praticados pela administração, os quais podem ser acompanhados pela suspensão de eficácia do ato administrativo impugnado.
15. Quanto ao âmbito de aplicação do n.º 4 do artigo 59.º do CPTA e agora do n.º 1 do artigo 190.º do novo CPA, funda-se apenas em atos sujeitos ao regime de impugnação administrativa facultativa, *i.e.*, cujo objeto de impugnação administrativa é iminentemente suscetível de impugnação contenciosa.
16. A suspensão do prazo de impugnação contenciosa passou a entender-se como um incentivo à utilização de impugnações administrativas facultativas, que passaram a ser encaradas como recomendáveis, elevando as suas características de gratuidade e

celeridade em contraposição com a onerosidade e hiato temporal associados aos meios contenciosos.

17. Pese embora a transposição do efeito suspensivo que se encontrava previsto no CPTA, a decisão sobre as impugnações administrativas ficou agora condicionada à intervenção dos contrainteressados ainda em sede de impugnação administrativa em primeiro grau, conforme decorre do preceituado no n.º 1 do artigo 192.º relativamente à reclamação administrativa, e do n.º 2 do artigo 198.º, ambos do CPA, quando a opção recair no recurso hierárquico.
18. Por seu turno, o n.º 2 do artigo 189.º do CPA além de eliminar a regra de prévia interposição de recurso hierárquico necessário, vem agora admitir a possibilidade das impugnações administrativas facultativas determinarem a suspensão da eficácia do ato administrativo impugnado.

- Dos meios de tutela administrativa ao dispor dos militares;

19. Atento o objeto da condição militar que se associa aos militares das Forças Armadas, a necessidade em conferir maior eficácia à sua atuação e total dedicação ao interesse público implica uma exigência adicional em matéria de disciplina interna, que se revela fulcral para a prossecução da missão que a lei constitucional estabelece para os ramos militares.
20. A disciplina militar surge como um elemento estrutural sobre o qual dependem os valores militares fundamentais legalmente consagrados, designadamente o respeito pela hierarquia, pela coesão, garantia de segurança e sujeição aos órgãos de soberania.

21. O direito disciplinar militar deu os seus primeiros passos na definição de um Regulamento Disciplinar para o Exército ainda na vigência dos Artigos de Guerra do Regulamento do Conde de Lippe (segunda metade séc. XIX), entretanto aprovado em 20 de setembro de 1856.
22. O direito de queixa e o direito de reclamação enquanto garantias administrativas no âmbito do procedimento disciplinar militar surgiram numa fase mais adiantada, através do decreto de 02 de maio de 1913²⁰⁸, *i.e.*, no período subsequente à implantação da República.
23. Não obstante a evolução na justiça militar, a rigidez que caracterizava a relação entre o comando militar e as patentes inferiores obstruía a adequada tutela dos militares sujeitos a procedimentos disciplinares, dando azo a arbitrariedades e a fundadas dúvidas acerca da efetividade da disciplina militar.
24. No decurso do séc. XX, o direito disciplinar veio a conferir importância crescente aos aspetos procedimentais e às garantias de defesa, primeiro pela exigência de se ouvir o infrator sobre a falta disciplinar, e depois pela introdução do processo escrito e ainda pela possibilidade do arguido poder fazer intervir um defensor e em ver realizadas as diligências de defesa que requeresse.
25. O RDM de 1929 apesar de ter consagrado garantias de defesa para os militares, concretamente no seu *Capítulo VII – Reclamações, recursos e queixas*, a verdade é que todas as penas disciplinares previstas no regulamento tinham efeito direto no que diz respeito ao seu momento de aplicação.
26. Com a promulgação do Decreto-Lei n.º 142/77, de 09 de abril, que procedeu à revogação do RDM de 1929, não se concretizaram as medidas que visavam reforçar a tutela judicial efetiva dos militares objeto de procedimento disciplinar, ademais algumas das suas normas apresentavam uma constitucionalidade duvidosa.

²⁰⁸Atente-se que o primeiro Regulamento de Disciplina Militar foi aprovado pelo decreto n.º 16/963, de 15 de junho de 1929, tendo vigorado até 1977, tendo atravessado todo o período do Estado Novo, não obstante a sua redação tenha sofrido alguns ajustes.

27. A ausência de efeito suspensivo dos meios de impugnação administrativa era o reflexo das dificuldades sentidas pelo direito militar em atribuir validade aos procedimentos disciplinares, e ao qual o RDM de 1977 nunca foi capaz de responder com a firmeza necessária não obstante tenha sido revisto e vigorado por mais de três décadas.
28. Com o novo paradigma da disciplina militar instituído pelo RDM de 2009, e cuja remodelação estrutural abrangeu também a tutela de defesa de direitos dos militares, insistiu-se na manutenção do recurso hierárquico necessário das penas disciplinares, alimentando o debate em torno da sua conformidade com o princípio da tutela jurisdicional efetiva e com o princípio da efetividade da tutela, ambos previstos no n.º 4 do artigo 268.º da CRP.
29. Em sede de direito comparado, não se apurou um modelo padrão no que diz respeito aos meios de tutela ao dispor dos militares, existindo variações entre os diversos regimes disciplinares militares, nomeadamente no que concerne aos efeitos das impugnações sobre o ato administrativo sancionatório, ainda que possa sobressair aqui alguma harmonia no reconhecimento de efeito suspensivo aos recursos sobre penas mais gravesas.
30. O novo regime disciplinar militar apesar de ter mantido alguns dos traços caracterizantes do direito penal, apresenta disparidades relevantes ao nível dos fins prosseguidos e em particular no campo da discricionariedade, quer na forma de identificação da infração disciplinar como na decisão acerca do modo e possibilidade de punição.
31. O facto da autoridade militar deixar de estar vinculada a suspender o processo disciplinar até à tomada de decisão final sobre o procedimento criminal, e ainda a circunstância do oficial instrutor não ficar vinculado na sua instrução a aguardar a decisão judicial que irá caracterizar em termos definitivos e penais os factos participados, são as faces mais visíveis do novo paradigma do regime disciplinar militar português.

32. No procedimento disciplinar militar as penas a aplicar aos militares infratores são essencialmente pessoais e não patrimoniais, o que faz distinguir este processo dos demais procedimentos disciplinares, nomeadamente os que tutelam a atividade dos funcionários públicos em geral.
33. A total ausência de previsibilidade na lei acerca das penas concretamente aplicáveis a tipos específicos de infrações tem vindo a colocar o militar numa posição de incerteza e de receio durante a fase instrutória, existindo fundadas dúvidas sobre a sua conformidade com o exposto no n.º 3 do artigo 29.º da CRP.
34. Com a eliminação da pena de faxina, o elenco das penas disciplinares de carácter corretivo passou a resumir-se às penas de repreensão e de repressão agravada, facto que mereceu críticas porquanto a pena de faxina era a que melhor refletia a eficácia e celeridade do procedimento disciplinar militar e a que elevava o sentido de disciplina e de camaradagem.
35. O efeito das penas de repreensão e de repressão agravada esgota-se no momento em que os infratores sofrem a reprimenda pública, não se englobando no leque de penas que apenas podem ser executadas com o término do prazo para a interposição do recurso hierárquico, ou, tendo-o sido, logo que lhe seja negado provimento.
36. A celeridade e sumariedade do procedimento disciplinar militar e a rejeição de garantias excessivas e de procedimentos dilatórios não são defensáveis para justificar a aplicação imediata das penas de natureza corretiva, quando relativamente à pena de prisão disciplinar a jurisprudência acabou por proibir a sua execução logo após ter improcedido o recurso hierárquico necessário interposto pelo infrator, alargando para três meses a possibilidade de aplicação do ato punitivo.
37. Tanto que essas penas determinam à semelhança das demais, relevantes consequências quer a nível pessoal como de âmbito patrimonial, sendo inexoráveis as implicações v.g. ao nível do tempo de serviço e de antiguidade para efeitos de

promoção, acesso a procedimentos concursais internos, e ainda para efeitos de passagem à situação de reserva e/ou reforma.

38. A excessiva dilação do ato sancionatório em resultado do exercício do direito de recurso tem vindo a revelar-se prejudicial face às circunstâncias especiais em que se encontra o militar infrator, sendo igualmente notória a perda do efeito de prevenção geral e especial da pena que se revela essencial para a legitimidade dos valores tutelados pela instituição militar.
39. A acrescer à perda de utilidade prática e às repercussões negativas para a disciplina militar, acresce a perda de interesse por parte das chefias militares em aplicar penas mais graves como a prisão disciplinar, optando por aplicar outras de menor gravidade e que em condições normais não seriam aplicadas, mas que acabam por apresentar maiores índices de eficácia em função do menor período dilatatório.
40. Apesar de a doutrina abonar a favor do teor literal dos n.ºs 3 e 4 do artigo 3.º do diploma que aprovou o novo CPA, convém lembrar que no caso específico do RDM trata-se de um regulamento disciplinar aprovado por intermédio de lei orgânica, que derivado do valor reforçado que lhe é conferido pelo n.º 3 do artigo 112.º da CRP, fá-lo situar-se num patamar hierárquico superior relativamente ao exposto em normas de inferior valor jurídico como é caso do previsto no CPA.
41. Consequentemente o efeito suspensivo decorrente do recurso hierárquico necessário interposto sobre as penas de repreensão e de repreensão agravada, não é suscetível de ser aplicado no âmbito do procedimento disciplinar militar por se encontrar ferido de inconstitucionalidade, porquanto colide com o previsto no n.º 2 do artigo 123.º, em conjugação com o n.º 1 do artigo 51.º, ambos do RDM.
42. Independentemente dessa problemática é um facto insofismável que os meios de impugnação previstos em matéria de disciplina militar acabam por não se distinguir grandemente das garantias que são dadas aos particulares, em geral.

43. Existem todavia algumas dissemelhanças como a impossibilidade de se interpor recurso sobre as decisões de mero expediente, e ainda a passagem de certidões em período que precede a prática do ato sancionatório, unicamente para o efeito de defesa de interesses legítimos.
44. Tais medidas que tendem a privilegiar a celeridade e simplicidade processual apresentam contudo dúvidas em termos de legalidade e conformidade constitucional, na medida em que não se considera razoável apostar um entrave ao direito de defesa do arguido que fica à mercê de uma apreciação hierárquica do que constitui ou não a *defesa de interesses legítimos*.
44. A manutenção do recurso hierárquico necessário no âmbito das penas disciplinares consagradas no atual RDM acaba por traduzir não só um recuo face ao reforço das garantias de defesa resultantes da franca evolução registada no direito disciplinar militar, como surge em contraciclo com a alteração de paradigma iniciada no CPA de 1992 e desenvolvida pelo preceituado no CPTA, no que diz respeito à utilização dos meios de impugnação administrativa.
45. A ofensa do grau de competência dos tribunais administrativos na apreciação imparcial no âmbito de uma ação administrativa apresenta-se, de resto, como a face mais visível do prejuízo resultante da manutenção desse pressuposto no RDM, para o militar aceder à via jurisdicional.
46. O n.º 2 do artigo 123.º do RDM veio a reconhecer o efeito suspensivo do recurso hierárquico necessário do ato punitivo, em consonância com o regime regra consagrado no n.º 1 do artigo 189.º do CPA.
47. Todavia ao atribuir efeito meramente devolutivo ao recurso das penas de repreensão e de repreensão agravada, acabou por não refletir a alteração de paradigma ocorrida no regime das impugnações administrativas aquando da entrada em vigência do CPA de 1992.

48. A principal vantagem que o militar retira da interposição de recurso hierárquico junto do CEM, situa-se na atribuição de efeito suspensivo do prazo de impugnação contenciosa por aplicação subsidiária do previsto no n.º 4 do artigo 59.º do CPTA, além da consequente suspensão de eficácia do ato recorrido.
49. Antevê-se todavia para um futuro próximo, a implementação das novas diretrizes fixadas no novo CPA em sede de impugnação administrativa, passando o recurso hierárquico no direito militar a possuir carácter facultativo, na esteira do que já ocorre no regime da reclamação.
50. Sobre este aspeto em particular admitem-se algumas reservas, designadamente nos casos de especial complexidade e gravidade em que a pronúncia por parte do topo da hierarquia do ramo militar se revele indispensável para evitar brechas significativas na disciplina militar, e a fim de garantir o respeito integral dos valores militares fundamentais.

Bibliografia

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE

- *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010.
- *Teoria Geral do Direito Administrativo – O novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª Edição, Almedina, 2015
- *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2007.

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE / CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES

- *Comentários ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2010

AMARAL, DIOGO FREITAS DO

- *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, 1978
- *Direito Administrativo*, IV, Policop., 1988
- *O projecto de Código de Contencioso Administrativo*, Scientia Iuridica, vol. XLI, n.ºs 235/237 (janeiro/julho 1992)
- *Última Lição*, Almedina, 2007

AMORIM, PACHECO DE

- *As garantias administrativas no Código dos Contratos Públicos*, Estudos de Contratação Pública – II, Coimbra, 2010

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE

- *Em defesa do recurso hierárquico*, CJA n.º 0
- *Justiça Administrativa (Lições)*, 10.ª edição, Almedina, 2009

BALTAZAR, MARIA DA SAUDADE

- *As Forças Armadas Portuguesas – Desafios numa Sociedade em Mudança*, ed. Caleidoscópio, 2005

BAÑON, V.RAFael / OLMEDA, JOSÉ ANTÓNIO

- *La institución militar en el Estado contemporáneo*, Madrid, 1985

BOTELHO, JOSÉ MANUEL SANTOS / ESTEVES, AMÉRICO PIRES / PINHO, JOSÉ CÂNDIDO DE

- *Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, 5.^a edição, Almedina, 2002

BRITO, WLADIMIR

- *Lições de Direito Processual Administrativo*, Coimbra, 2005

CAETANO, MARCELLO

– *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1932

– *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 1980

CANOTILHO, GOMES / MOREIRA, VITAL

– *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1993

CAUPERS, JOÃO

- *Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora Editora, 2013

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO

- *O incumprimento do dever de decidir*, CJA n.º 54
- *Direito do Contencioso Administrativo*, vol. I, Lisboa, 2005
- *Direito Administrativo II (Contencioso Administrativo)*, Lisboa, 1993

DIAS, FIGUEIREDO

- *Justiça Militar, Colóquio Parlamentar da Comissão de Defesa Nacional*, edição da Assembleia da República, Lisboa 1995

DEBBASH, CHARLES / COLIN, FRÉDÉRIC

- *Droit Administratif*, 7.^a Edição, Ed. Economica, Paris, 2004

DUARTE, TIAGO / PINTO, CLÁUDIA SAAVEDRA

- *A Suspensão e a Interrupção do prazo para a Impugnação judicial dos Actos Administrativos. Vale a pena arriscar?* Estudos de Direito Público, PLMJ, 2010

ENTERRIA, EDUARDO GARCIA DE

- *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, S.L. Civilitas Editiones, 1991

ESCUADERO, PEDRO A. BLANCO

- *La Justicia de Fin de Siglo*, *Revista de Las Armas y de los Servicios*, diciembre de 1999, Año LX, n.º 706

FONSECA, ISABEL CELESTE

- *Repensar as impugnações administrativas entre a efectividade do processo e a unidade da acção administrativa*, CJA n.º 82

GEA, JOAQUÍN LOPÉZ DE

- *El Estatuto Jurídico de las Fuerzas Armadas*, obra publicada na Revista de Derecho UNED, n.º 12, 2013

GONÇALVES, PEDRO

- *Relações entre as Impugnações Administrativas*, Almedina, 1996

GRIFFITH, J / VAITKUS, M.,

- *Relating Coesion to Stress, Strain, Desintegration and Performance*, Military Psychology, n.º 11, 1999

HUESO, LORENZO COTINO

- *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002

LEMOS, SAMPAIO DE

- *Estatuto da Carreira Docente Universitária: anotado e comentado*, Lisboa, Vislis, 1998

LEITÃO, ALEXANDRA

- *O direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas - A Defesa Nacional no âmbito da política externa portuguesa*, IDN, 2000

LEITÃO, VITOR MANUEL MATOS

- *A Disciplina como Elemento Essencial do Funcionamento Regular das Forças Armadas*, IESM, 2011

MACHETE, RUI CHANCELERE DE

- *Poderes do Tribunal: O Juiz, A Nova Justiça Administrativa*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 2006

MACHETE, PEDRO

- *Notificação deficiente do acto administrativo – a articulação entre meios administrativos e contenciosos*, CJA n.º 75

MATOS, ANDRÉ SALGADO DE

- *Recurso hierárquico necessário e regime dos direitos, liberdades e garantias*, Scientia Iurídica, vol. L (n.º 289)

- *Perspectivas de reforma dos procedimentos administrativos revisivos após a reforma do contencioso administrativo*, CJA n.º 5

MATOS, ANDRÉ SALGADO DE / SOUSA, MARCELO REBELO DE

- *Direito Administrativo Geral, A actividade administrativa*, Tomo III, Dom Quixote, 2007

MORENO, PEDRO T. NEVADO

- *La función pública militar*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A, Madrid, 1997

OLIVEIRA, FRANCISCO CARLOS DA COSTA

- *O Direito Penal Militar*, AAFDL, 1996

OTERO, PAULO

- *Impugnações administrativas*, CJA, n.º 28

- *As Garantias Impugnatórias dos Particulares no Código do Procedimento Administrativo*”, in Scientia Iuridica, Tomo XLI, 1992
- *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra, 1992
- *Os militares e o direito de manifestação*, Estudos jurídicos de homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 2006

PEREZ, J. G.

- *El derecho a la tutelar jurisdiccional*, 2ª Edição, S.L. Civitas Ediciones, 2001

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição, Coimbra, 1986

PIMENTEL, LUÍS

- *A Restrição de Direitos aos Militares das Forças Armadas*, ed. AAFDL, Lisboa, 1996

PRATA, VITOR MANUEL GIL

- *A Justiça Militar e a Defesa Nacional*, Ed. Coisas de Ler, 2012

QUADROS, FAUSTO

- *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa*, Centro de Estudos Fiscais da Direcção Geral das Contribuições e Impostos, 1974

RAMÓN, FERNANDO LÓPEZ

- *La Caracterizacion Juridica de Las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1987

RODRIGUEZ, CASAUX E.

- *Aproximación al concepto de Función Militar*, Revista de Aeronáutica Y Astronáutica, 1987

SAMPAIO, JORGE SILVA / COIMBRA, JOSÉ DUARTE

- *Os procedimentos de segundo grau no novo CPA*, Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo

SANTO, G. ESPÍRITO

- *A disciplina e a sua regulamentação*, Revista Militar n.º 2391, 2011

SILVA, VASCO PEREIRA DA

- *Em busca do ato administrativo perdido*, Almedina, 1998
- *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, Almedina, 2000
- *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almedina, 2013
- *Do Velho se Fez Novo. A Ação Administrativa Especial de Anulação de Acto Administrativo*, Temas e Problemas de Processo Administrativo, ICJP, 2.ª Edição Revista e Atualizada,
- *Breve Crónica de uma Reforma Anunciada*, CJA n.º 1, janeiro/fevereiro de 1997
- *O Inverso do nosso descontentamento – As Impugnações administrativas no projeto de revisão do CPA*, CJA n.º 100 (julho-agosto) 2013

- *Primeiro comentário à revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)*, CJA n.º 101
- *O Recurso Directo de Anulação. Uma Acção Chamada Recurso*, Estudos de Direito Público, n.º 16, Lisboa, Cogmitio, 1987
- *Para Um Contencioso Administrativo dos Particulares*, Almedina, 1989
- *De necessário a útil: a metamorfose do recurso hierárquico no novo contencioso administrativo*, CJA, n.º 47, setembro/outubro, 2004

SANDULLI

- *Manuale di Diritto Administrativo*, Vol. II, 13ª Edição, Jovene Editore, Napoli, 1989

SOARES, ROGÉRIO EHRHARDT

- *O acto administrativo*, vide *Scientia Iuridica*, vol. XXXIX, n.ºs 223/228 (janeiro/dezembro 1990).

SOUSA, MARCELLO REBELO DE

- *Lições de Direito Administrativo*, Volume 1, Lex, 1995

UNRUH, GEORG-CHRISTOPH VON

- *Führung und Organization der Streitkräfte in demokratisch-parlamentarischen Staat*, in *VVDStRL*, volumen 26, 1968

WINKLER, GUNTHER

- *VVDStRL*, volumen 26, 1968

VILLAREJO, JOSÉ JIMÉNEZ

- *Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española*, in *Revista Española de Derecho Militar* n.º 77, Madrid, Ministério de Defensa (Secretaría General Técnica), 2001